



TESIS DOCTORAL

“Tres tesis escépticas sobre la labor de juzgar”

Autor:

Ernesto Alonso Aquinaga Meza

Director/es:

Dra. María del Carmen Barranco Avilés

Tutor:

Nombre y apellidos

**DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL ECLESIAÍSTICO Y
FILOSOFÍA DEL DERECHO**

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS “BARTOLOMÉ DE LAS CASAS”

Getafe, diciembre, 2015



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

[a entregar en la Oficina de Posgrado, una vez nombrado el Tribunal evaluador , para preparar el documento para la defensa de la tesis]

TESIS DOCTORAL

“Tres tesis escépticas sobre la labor de juzgar”

Autor: Ernesto Alonso Aguinaga Meza

Director/es: Dra. María del Carmen Barranco Avilés

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente: (Nombre y apellidos)

Vocal: (Nombre y apellidos)

Secretario: (Nombre y apellidos)

Calificación:

Leganés/Getafe, de de

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I: El problema del alcance del “poder” de los jueces	22
1. Democracia y “poder judicial”	22
1.1 Poder judicial <i>funcional</i> y discreción judicial fuerte	23
1.2 Discreción judicial <i>fuerte</i> y la interpretación judicial	27
2. La negación del carácter de “poder” de los jueces y tribunales: la tesis cognitiva de la interpretación judicial	32
2.1 La tesis mecanicista o determinista de la interpretación judicial: el juez como un poder “nulo”	34
2.2 La ausencia de casos no regulados y la única respuesta correcta	36
2.3 El Derecho como una “práctica social” y el papel de la analogía, en los casos difíciles, como método jurídico-racional de “integración”	44
3. La afirmación del carácter de “poder” de los jueces y tribunales: las tesis “fuertes” sobre la discreción judicial	52
3.1 La tesis escéptica de la interpretación judicial	52
3.2 La tesis intermedia de la interpretación judicial	60
3.2.1 La textura “abierta” del Derecho: la zona de certeza y la zona de penumbra	61
3.2.2 La justificación de la sentencia en los casos de lagunas normativas: la necesaria creación judicial de Derecho	66
3.3 La tesis de la determinación “mínima” del Derecho	74
4. El alcance del poder de los jueces: la apuesta por el planteamiento realista	85
4.1 Un intento de aproximación neutral, a-valorativa y descriptiva al problema del poder de los jueces	86
4.1.1 La necesidad de separar el “ser” del “deber ser” de la labor judicial	87
4.1.2 La identificación del “ser” de la labor judicial y el “punto de vista externo”	89
4.1.3 Definitividad y validez del “ser” de la labor judicial	91
4.2 El ilimitado poder discrecional de los jueces	95

4.2.1 Es falso que los jueces nunca actúan con discreción judicial en sentido fuerte	96
4.2.2 No existen límites cognitivos (o valores de verdad) al poder discrecional fuerte de los jueces	105
4.2.3 La supervivencia del escepticismo interpretativo y la configuración de los jueces en un real "Poder Judicial"	113
CAPÍTULO II: El problema de la legitimidad de la actuación de los jueces (En el marco del Estado constitucional de Derecho)	126
1. Legitimidad, obediencia y "poder judicial"	126
1.1 Legitimidad como hecho y legitimidad como valor	128
1.2 Criterios de legitimidad y obediencia a los jueces	132
2. Estado de Derecho, Estado constitucional y Estado constitucional de Derecho: tres modelos un mismo problema	135
2.1 El modelo "exigente" de Estado de Derecho	136
2.2 El Estado "sólo" constitucional y el Estado constitucional de Derecho	141
2.3 El concepto de democracia existente en la lógica del Estado constitucional de Derecho	146
2.3.1 La democracia constitucional: un modelo de juez "irreal". El voto de confianza en los jueces	147
2.3.2 Una concepción "sui generis" sobre la democracia: la supervivencia de la aristocracia-autocracia con toga	151
3. Criterios de legitimidad de la labor judicial (I): la exigencia de "estricta sujeción a la ley (o al Derecho)"	157
3.1 La estricta sujeción a la ley (o al Derecho) en cualquier tipo de proceso	159
3.1.1 El sometimiento a la ley interpretada observando criterios "rigurosos" de interpretación	159
3.1.2 El sometimiento a la ley sociológicamente interpretada	160
3.1.3 El sometimiento a la ley "válida": la estricta sujeción a la ley como garantía de los derechos fundamentales	164
3.2 La estricta sujeción a la ley "constitucional" en el control de la constitucionalidad de las leyes	169
3.2.1 La garantía de las normas sustanciales producto de un especial "momento constitucional"	169
3.2.2 El control de las normas sustanciales relativas a la participación democrática en el proceso político	173

3.2.3 Los jueces constitucionales como garantes de la adopción de decisiones políticas imparciales y de decisiones privadas relativas al plan de vida	176
3.3 La estricta sujeción a la ley “procesal”: los aspectos procesales de la práctica judicial	179
4. Criterios de legitimidad de la labor judicial (II): aspectos de la práctica judicial que permitirían presentarla como “democrática”	183
4.1 La “imparcialidad” e “independencia” como criterio de legitimidad democrática: la idoneidad del juez para desempeñar las labores encomendadas en el Estado constitucional de Derecho	184
4.2 El proceso judicial como mecanismo de participación democrática	187
4.3 La “confiabilidad” en el juez como criterio de legitimidad democrática	191
4.4 La forma en que interviene el Poder Judicial en la formación de la ley	195
5. La legitimidad del “Poder Judicial”: las exigencias procesales básicas y el elemento “carismático” de legitimidad	197
5.1 Revisión de los criterios de legitimidad basados en la exigencia de “estricta sujeción a la ley (o al Derecho)”	199
5.1.1 Crítica a la estricta sujeción a la ley (o al Derecho) en cualquier tipo de proceso	200
5.1.2 Crítica a la estricta sujeción a la ley “constitucional” en el control de la constitucionalidad de las leyes	206
5.2 Revisión de los criterios de legitimidad basados en los aspectos de la práctica judicial	211
5.3 La apuesta por las exigencias procesales básicas y la confiabilidad basada en el “carisma” del juez	219
CAPÍTULO III: El problema del papel de los textos normativos en la práctica de los jueces	230
1. Carisma, justicia de cadí y textos normativos	230
1.1 Legitimidad carismática pura y la llamada “justicia de cadí”	232
1.2 La subsistencia empírica de la justicia de cadí: ¿y los textos normativos?	236
2. El rol de los textos normativos en el juzgamiento, en el marco de la concepción “sui generis” de democracia del Estado constitucional de Derecho	243

2.1 El propósito de la legislación dentro del gobierno: la satisfacción de los valores “certeza” y “no arbitrariedad”. Los textos normativos como razones únicas de la decisión judicial	244
2.2 El papel de los textos normativos en el razonamiento judicial desde la perspectiva realista: de ser “nada” a ser “algo” (pero nunca “todo”)	250
2.2.1 El realismo jurídico americano: los factores extra-normativos como determinantes de la decisión judicial	252
2.2.2 El realismo jurídico escandinavo: la “conciencia jurídica popular” como determinante del fallo	254
2.2.3 El realismo jurídico contemporáneo: los textos normativos como punto de partida del razonamiento judicial	257
2.3 El papel de la legislación, dentro del juzgamiento, en el contemporáneo “Juego de Gobernar”: los textos normativos como razones <i>en primer término</i> para los jueces	263
2.3.1 Una aproximación a las funciones legislativa y judicial desde la perspectiva del “juego” y de las “reglas de funcionamiento”	264
2.3.2 El “Juego de Legislar”, la mirada “retrospectiva” y la solución genérica	267
2.3.3 El “Juego de Juzgar”, la mirada “prospectiva” y la solución particular	270
2.4 Tres posibles escenarios en relación con los textos normativos: “plegarse”, “re-estandarizarlos” o “dejarlos de lado y fijar uno nuevo”	275
2.4.1 Colaboración-sometimiento: plegarse al estándar	277
2.4.2 Colaboración-crítica: re-estandarizar el estándar (por insuficiente o por excesivo)	278
2.4.3 Competencia: dejar de lado el estándar y fijar uno nuevo	283
3. Los factores empíricos que determinan el grado de adhesión de los jueces a los textos normativos: el contexto personal de la decisión judicial y la zona <i>empírica</i> de razonabilidad	285
3.1 La “dificultad” del caso: a menor colaboración, mayor justificación	286
3.2 El contexto personal de la decisión judicial	292
3.2.1 Una mirada a la “teoría de la decisión racional”	293
3.2.2 Los parámetros de la decisión judicial	296
3.2.2.1 Las “preferencias” de los jueces: el punto de equilibrio entre egoísmo y altruismo	296
3.2.2.2 Los factores “externos” al proceso de decisión judicial: los costes de agencia y las “contraintes”	299
3.2.2.3 Los factores “internos” al proceso de decisión judicial: los hechos del caso y las razones jurídicas, económicas,	303

prudenciales y morales	
a) Los hechos del caso y la exigencia de sinceridad	304
b) Las razones jurídicas y los costos de la decisión	306
c) Razones prudenciales	311
d) Razones morales	313
3.3 La zona de razonabilidad: el espacio libre de decisión judicial	318
3.3.1 La definición de “zona de razonabilidad” y los elementos que determinan su extensión	319
3.3.2 La “zona de razonabilidad” vs. las “zonas de irracionalidad”	324
3.3.3 La función de utilidad judicial	327
4. La idea de “equidad” como criterio rector del “Juego de Juzgar”	334
4.1 El vínculo estrecho entre justicia de cadí y equidad	336
4.2 El papel de la equidad en el contemporáneo Juego de Juzgar	343
4.2.1 Las deficiencias de la ley y el remedio llamado “equidad”	344
4.2.2 La equidad como criterio para justificar la “colaboración crítica” y la “competencia” con el legislador	348
4.2.2.1 La equidad aristotélica: la re-estandarización <i>justificada</i> del estándar	349
4.2.2.2 La <i>aequitas</i> romana y la <i>equity</i> inglesa: la competencia justificada con el legislador	354
a) La <i>aequitas</i> romana	355
b) La <i>equity</i> inglesa	360
4.3 La equidad y el pensamiento ilustrado sobre la buena ley	364
CONCLUSIONES	370
BIBLIOGRAFÍA	387

INTRODUCCIÓN

Que los jueces pueden decidir lo que quieran, es un planteamiento que, al parecer, describe fielmente la realidad. Efectivamente, así como pueden afirmar que una medida “B” no está proscrita por la norma “A”, también pueden en otro momento cambiar de opinión y, sobre la base del mismo estándar normativo, señalar exactamente lo contrario: que la misma sí está prohibida. Eso es lo que acaba de pasar, por ejemplo, en los Estados Unidos de América en relación con las leyes estatales que expresamente excluían de la institución civil del “matrimonio” a las parejas del mismo sexo: si su Corte Suprema, en *Baker v. Nelson*, sostuvo que la validez –o invalidez– de dichas leyes no representaba una “substantial federal question”¹; recientemente, en *Obergefell v. Hodges*, dispuso que “*Baker v. Nelson* must be (...) overruled, and the State laws challenged (...) are now held invalid to the extent they exclude same-sex couples from civil marriage on the same terms and conditions as opposite-sex couples”². Esto es, mientras que en el año 1972, para la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, el matrimonio civil entre personas del mismo sexo no estaba protegido por la Constitución federal y, como tal, cada Estado de la unión tenía libertad para legislar sobre esta materia (no era, en ese entonces, una “cuestión constitucionalmente relevante”); el año 2015, amparada en el mismo ordenamiento constitucional, sostuvo todo lo contrario: que la Constitución federal sí protege el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio y, por tanto, que las leyes estatales que lo prohíben son inválidas. Todo parece indicar, pues, que los jueces así como pueden sostener que “A dice B”, en otro momento, pueden afirmar que “A dice ~B”³.

Pero no sólo eso, además de contradecirse –o cambiar de opinión, por decir lo menos–, los jueces hoy parece ser que ya no cuentan con límite competencial alguno a la hora de abordar sus funciones. Y es que, invocando los llamados “principios constitucionales”, entienden que no existe área o materia que escape a sus atribuciones. Si antes se cuidaban de ingresar en ciertas esferas especialmente “controversiales” (como las relativas a las políticas económicas o tributarias de los Estados), en la actualidad ese muro ha caído por completo y, como tal, consideran que cualquier decisión política puede ser objeto de revisión judicial. Así, por ejemplo, el

¹ Cfr. 409 U.S. 810 (1972).

² Cfr. 576 U.S. (2015).

³ Otro ejemplo de cambio *extremo* de opinión se puede apreciar en el fallo del Tribunal Constitucional peruano del 16 octubre de 2009, en el que ordenó “al Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada Píldora del Día Siguiente” (Exp. N° 02005-2009-PA/TC, parte resolutoria); a pesar de que, en su sentencia del 13 de noviembre de 2006, dispuso exactamente lo opuesto: “que el Ministerio de Salud (...) no cumple con el mandato de poner permanentemente a disposición de las ciudadanas y ciudadanos los insumos del AOE [Anticonceptivo Oral de Emergencia o Píldora del Día Siguiente] de manera gratuita, al igual que otros métodos anticonceptivos” (Exp. 07435-2006-AC, fundamento 21). Es decir, si en un momento entendía que el Estado peruano, según el ordenamiento constitucional, tenía la obligación de distribuir gratuitamente la píldora del día siguiente, en otro, sobre la base del mismo marco jurídico (la Constitución de 1993), señaló paradójicamente lo inverso: que el Estado peruano está prohibido de continuar con dicha política pública de salud reproductiva.

Tribunal Constitucional peruano, en un fallo muy discutido y resistido por el poder político de turno, entendió que la decisión del gobierno central de reducir de 12% a 0% las tarifas arancelarias a la importación de cemento “si bien puede constituir un acto de política arancelaria, resulta ser un acto desproporcionado, y por ende, constitucionalmente prohibido por el principio de interdicción de la arbitrariedad”⁴ y, como tal, decidió que “reponiéndose las cosas al estado anterior a la violación constitucional (...), se restablece la tasa del 12% de los derechos arancelarios ad valorem CIF para las sub-partidas nacionales 2523100000 cemento sin pulverizar”⁵. Vale decir, a juicio del más alto Tribunal peruano, ni siquiera la política arancelaria escapa a su control. Tan es así que, como se puede apreciar, no le ordenó al Poder Ejecutivo restablecer el arancel a la importación de cemento (emitiendo la reglamentación respectiva), sino que él mismo, por medio de la sentencia, decidió volver a fijarlo en 12%⁶.

Incluso, no es necesario ir más allá de las cuestiones típicamente jurídicas, a fin de demostrar que “los jueces pueden decidir lo que quieran”. Y es que es posible encontrar actuaciones judiciales en las que, por ejemplo, se modifica *in peius* la forma habitual de aplicación de ciertas disposiciones jurídicas y, peor aún, que se hace con efectos *retroactivos*. Un caso de este tipo, política y moralmente controversial por lo demás, lo encontramos: (i) en la adopción por el Tribunal Supremo de España de la denominada “doctrina Parot” que, modificando la práctica judicial vigente hasta ese entonces, dispuso que los beneficios y redenciones penitenciarias sean aplicadas, ya no al tiempo máximo de condena de 30 años estipulado en el antiguo artículo 70.2 del Código Penal de 1973⁷, sino a las penas reales que hubiesen sido impuestas

⁴ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del 10 de agosto de 2009, Exp. 03116-2009-PA/TC, fundamento 24.

⁵ Cfr. Ibid., parte resolutoria.

⁶ En su momento, la ministra de Economía y Finanzas de ese entonces, Mercedes Aráoz, criticó el fallo en mención con los siguientes términos: “Es un exceso de sus atribuciones, mañana (el TC) va a definir la tasa de interés, el tipo de cambio (...) ya no entiendo las posiciones incoherentes que está teniendo (...) esta decisión es sorprendente y no tiene ningún sustento” (En: <http://www.larepublica.pe/economia/17/03/2010/califica-de-039leguleyada039-decision-del-tc>). Quizás por eso, ya en el año 2012, el Tribunal Constitucional declaró que el artículo 1° del Decreto Supremo N° 007-2011-EF que, nuevamente, fijó la tasa del 0% de los derechos arancelarios ad valorem CIF para las sub-partidas arancelarias nacionales 2523100000 (cemento sin pulverizar), “no contraviene la Constitución (...), habida cuenta que en su exposición de motivos se ha evaluado que la reducción de tasas arancelarias: a) facilita que las empresas cementeras nacionales, debido al fuerte crecimiento de la demanda por cemento, importen cantidades representativas de cemento Clinker y cemento Portland no blanco, como ha venido sucediendo desde el 2008 al 2010; b) mejora la eficiencia de la producción y la continuidad del abastecimiento de las empresas cementeras nacionales que enfrentan restricciones de capacidad y abastecimiento; y c) favorece a los consumidores en términos de precio, oferta y calidad, teniendo en cuenta que durante el 2010 el sector Construcción ha evidenciado una fuerte y rápida recuperación al crecer cerca de 17% durante los primeros diez meses del año, producto de la reactivación de la inversión privada y del incremento de la inversión pública” (Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional del 13 de julio de 2012, Exp. 01495-2012-PA/TC, párr. 27).

⁷ Sobre la práctica judicial previa a la “doctrina Parot”, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló lo siguiente: “The Court must also consider the case-law and practice regarding the interpretation of the relevant provisions of the Criminal Code of 1973. It notes that, as the Government have acknowledged, prior to the Supreme Court’s judgment no. 197/2006, when a person was given several prison sentences and it was decided to combine them and fix a maximum term to be served, the prison authorities and the Spanish courts applied the remissions of sentence for work done in detention to the maximum term to be served under Article 70.2 of the Criminal Code of 1973. The prison and judicial authorities thus took into

empezando por las más graves (es decir, introdujo una modificación normativa *in peius*)⁸; y, sobre todo, (ii) en la posterior aplicación de dicho precedente por la Audiencia Nacional, a las solicitudes de excarcelación presentadas por diferentes presos sentenciados por la comisión de delitos particularmente graves, pero que legalmente se habían acogido a la figura de la “remisión de sentencia por trabajo hecho en prisión” *antes* de la adopción de la “doctrina Parot” (esto es, la Audiencia Nacional aplicó *retroactivamente* la modificación normativa *in peius* incorporada por el Tribunal Supremo)⁹. Tal parece ser, pues, que para los jueces ni la jurisprudencia consolidada ni la idea de “seguridad jurídica” suponen límites infranqueables al momento de adoptar decisiones, ni siquiera en un ámbito tan particularmente sensible para la autonomía personal, como la política penal y/o penitenciaria de los Estados¹⁰.

¿Y qué sucede con los jueces de inferior jerarquía?, ¿ellos también pueden decidir lo que quieran? Todo parece indicar que sí, con la única diferencia de que sus actuaciones no son inmodificables o definitivas (en virtud de los medios impugnatorios respectivos). Efectivamente, es usual encontrarse con resoluciones judiciales de primera o segunda instancia que, a los efectos de resolver la controversia respectiva, interpretan y/o reinterpretan los textos normativos correspondientes o, yendo más allá, incluso terminan exigiendo requisitos no previstos por el legislador democrático. Así, por poner un ejemplo, un juez especializado en lo laboral del Perú, para resolver si se produjo o no un despido, decidió que no bastaba con demostrar la voluntad unilateral del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo. Para él, el trabajador

account the maximum legal term of thirty years' imprisonment when applying remissions of sentence for work done in detention" (Cfr. STEDH del 21 de octubre de 2013, Caso Del Río Prada v. España, párr. 98).

⁸ El Tribunal Supremo textualmente dispuso lo siguiente: “una interpretación conjunta de las reglas primera y segunda del mencionado art. 70 del Código penal, texto refundido de 1973, nos lleva a considerar que el límite de treinta años *no se convierte en una nueva pena*, distinta de las sucesivamente impuestas al reo, ni por consiguiente, en *otra resultante de todas las anteriores*, sino que tal límite representa el *máximo de cumplimiento* del penado en un centro penitenciario. (...). De tal modo, que la forma de cumplimiento de la condena total, será de la manera siguiente: se principiará por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios y redenciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo. Una vez extinguida la primera, se dará comienzo al cumplimiento de la siguiente, y así sucesivamente, hasta que se alcanzan las limitaciones dispuestas en la regla segunda del art. 70 del Código penal de 1973. Llegados a este estadio, se producirá la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante” (Cfr. STS 197/2006 del 26 de febrero, cuarto considerando).

⁹ Particularmente serio, por sus repercusiones internacionales, fue el caso de la Sra. Inés Del Río Prada, integrante del grupo terrorista ETA, sentenciada a 3828 años de prisión por diversos delitos cometidos entre 1982 y 1987, a quien la Audiencia Nacional, en cumplimiento de la “doctrina Parot”, denegó aplicar los beneficios y remisiones penitenciarias al plazo máximo de encarcelamiento de 30 años y, como tal, rechazó su solicitud de liberación por cumplimiento anticipado de condena (Cfr. Resolución del 19 de mayo de 2008 de la Audiencia Nacional).

¹⁰ No está de más recordar que dicha actuación de los Tribunales españoles fue declarada, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, violatoria del artículo 7° del Convenio Europeo de Derechos Humanos que, para mayores detalles, consagra el principio de legalidad penal. Y es que, a juicio de dicho Tribunal internacional, “at the time (...) when the decision to combine the sentences and fix a maximum prison term was taken, the relevant Spanish law, taken as a whole, including the case-law, was formulated with sufficient precision to enable the applicant to discern, (...), the scope of the penalty imposed on her, regard being had to the maximum term of thirty years provided for in Article 70.2 of the Criminal Code of 1973 and the remissions of sentence for work done in detention provided for in Article 100 of the same Code (...). The penalty imposed on the applicant thus amounted to a maximum of thirty years' imprisonment, and any remissions of sentence for work done in detention would be deducted from that maximum penalty” (Cfr. STEDH del 21 de octubre de 2013, Caso Del Río Prada v. España, párr. 103).

además tenía que probar “(...) voluntad de (...) continuar con el contrato; siendo dicha voluntad requisito *sine qua non* para configurarse el despido pues éste se conceptúa como la voluntad unilateral del empleador de resolver el contrato, lo que no concuerda con la voluntad de continuidad que debe expresar el trabajador, (...)”¹¹. Es decir, para dicho juez, el acto jurídico llamado “despido” dejó de ser un asunto unilateral del empleador para pasar a ser un acto cuya configuración requiere de voluntades contrapuestas. En otras palabras, según su criterio, si el empleador despide a un trabajador que se demuestra quería renunciar, entonces realmente no existió un despido (habría una suerte de cese por “mutuo disenso”).

Lo señalado en los párrafos precedentes, en mi opinión, prueba la actualidad del viejo problema de la discreción judicial y, sobre todo, de las graves consecuencias que la misma puede acarrear para la configuración de una democracia “verdadera”¹². En efecto, de acuerdo con la concepción dominante, la democracia sería aquel procedimiento para la toma de decisiones públicas que se caracteriza porque, en él, *el pueblo* es el que gobierna a través de la regla de la mayoría. Es decir, según esta definición, sólo el pueblo –directamente o por medio de sus representantes elegidos por sufragio universal– tiene el poder de gobernar o, lo que es lo mismo, de imponer su voluntad (formada, eso sí, según el principio mayoritario)¹³. Así, la democracia, en la concepción tradicional, aparece como un sistema en el cual el Derecho (el mecanismo a través del cual se gobierna), es producido, es creado, o bien directamente por el pueblo –a través de un referéndum por ejemplo– o bien por medio de sus representantes elegidos (el Parlamento o, eventualmente, el Ejecutivo)¹⁴. Nadie, en esta concepción, que no sea “el propio pueblo” o sus representantes directamente elegidos, está autorizado a crear Derecho y, por ende, a gobernar. Es más, se podría incluso decir que ésta es una concepción “intuitiva” de la democracia. Y es que si se hiciera una encuesta que buscara dar respuesta a la siguiente pregunta: “¿en una sociedad democrática, quién crea el Derecho?”, es muy probable que la

¹¹ Sentencia 97-2009 del 28 Juzgado de Trabajo de Lima, del 30 de julio de 2009, recaída en el expediente 0071-2008, fundamento 17.

¹² No por nada Martin Shapiro tituló “The mighty problem continues” a un trabajo suyo relativamente reciente sobre este asunto (Cfr. Shapiro, Martin. “The mighty problem continues”. En: *Consequential courts: judicial roles in global perspective*. Diana Kapiszewski, Gordon Silverstein y Robert A. Kagan (editores). Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 380-397).

¹³ Cfr. Ferrajoli, Luigi. “La democracia constitucional”. Discurso con ocasión de recibir, el 26 de abril de 2007, el Doctorado Honoris Causa de la Universidad Nacional de Rosario. Traducción de Nicolás Guzmán. En: *Paradigmas de la democracia constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 2009, pp. 33-34. En el mismo sentido, Elster que entiende la democracia como “el simple gobierno de la mayoría, con base en el principio de una persona, un voto” (Elster, Jon. “Introducción”. En: *Constitucionalismo y Democracia*. Jon Elster y Rune Slagstad (compiladores). Traducción de Mónica Utrilla de Neira. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 33).

¹⁴ En palabras de Hierro: “La democracia política se define hoy como el sistema político en el que “el poder político pertenece en derecho a la población toda y no meramente a una persona singular o grupo específico y limitado de gentes” (Ross 1989, p. 87) lo que se traduce en que el órgano supremo de gobierno, es decir el que ostenta el poder de hacer las normas generales, las leyes, es un órgano representativo, esto es elegido por la totalidad de la población” (Hierro, Liborio. *Estado de Derecho: problemas actuales*. México DF: Fontamara, 2° edición, 2001, p. 47).

respuesta mayoritaria –por intuitiva– sea: el Parlamento¹⁵. Ello es así porque al ciudadano promedio, educado en el marco de las democracias representativas, se le ha enseñado que los legisladores elegidos por el pueblo (que es el soberano), son los legítimos representantes del mismo y, por tanto, los únicos autorizados a gobernar y producir Derecho (en nombre del pueblo naturalmente).

Indudablemente, esta concepción de la democracia tiene un correlato en lo que al papel de los jueces se refiere. En estas coordenadas, al no constituir éstos un órgano de representación popular, su tarea resulta ser muy simple: ellos deben resolver controversias pero, y esto es clave, aplicando la “Ley” democráticamente emitida. Es decir, deben ejecutar la voluntad del pueblo, expresada en el Derecho positivo, para resolver los casos concretos que se les presentan. Nada más. Para la concepción dominante, los jueces tan sólo aplican –y deben aplicar– el Derecho existente –que, para ellos, siempre es *preexistente*– y, es más, lo hacen sin poder expresar ningún juicio de valor con respecto al mismo¹⁶. Incluso, se podría decir que eso es lo que el ciudadano promedio espera: sólo así tendría plena certeza o seguridad acerca de las cosas que legalmente puede o no puede hacer¹⁷. Y es que, como dice Ezquiaga, para tener certeza o seguridad sobre la legalidad o no de una conducta, no sólo es necesario que las personas conozcan la Ley sino, sobre todo, que sea previsible que los encargados de aplicarla (los jueces) fallen de acuerdo con la misma¹⁸. Consecuentemente, para la concepción tradicional de la democracia, los jueces son, como diría Montesquieu, un poder “nulo”, la “boca muda que pronuncia las palabras de la Ley”. Simplemente cumplirían un rol *instrumental*: asegurar el gobierno del pueblo¹⁹ y, de esta forma, el imperio de la ley²⁰. Como dice Hierro, cumplirían tan sólo con una

¹⁵ Ignoro si se ha llevado a cabo una encuesta como la señalada. Desde luego yo no la he hecho. No obstante, esta pregunta sí se la planteé a un grupo reducido de personas –no versadas en Derecho para más detalles– con el objeto de observar su respuesta inmediata. En todos los casos, la respuesta “instantánea” fue similar a la señalada líneas arriba.

¹⁶ Para Shapiro, presentar a los jueces y tribunales como aplicadores *sin más* del Derecho preexistente (erróneamente, desde luego), es el resultado de haberse asumido mayoritariamente –incluso en el ámbito académico– aquel modelo ideal o prototipo de función judicial caracterizado por “(1) an independent judge applying (2) preexisting legal norms after (3) adversary proceedings in order to achieve (4) a dichotomous decision in which one of the parties was assigned the legal rights and the other found wrong” (Shapiro, Martin. Courts: a comparative and political analysis. Chicago/Londres: The University of Chicago Press, 1981, p. 1).

¹⁷ Un alegato en pro del sometimiento estricto a la legalidad, entendido como a su literalidad, por parte de los jueces y tribunales, como requisito *necesario* –aunque no *suficiente*– para la salvaguarda del valor autonomía, es el que desde hace mucho tiempo viene haciendo Francisco Laporta. Desde que su posición, me parece, es *prescriptiva* en relación con el papel de los textos normativos en el ámbito de los procesos judiciales, será tratada con cierto detalle en el tercer capítulo de la presente investigación.

¹⁸ Cfr. Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. “*Iura novit curia*” y aplicación judicial del derecho. Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 216.

¹⁹ Para Garzón Valdés, en general, el papel de los jueces es “garantizar la estabilidad del respectivo régimen político” (Garzón Valdés, Ernesto. “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”. En: *La función judicial*. Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (compiladores). Barcelona: Gedisa, 2003, p. 129).

²⁰ Es más, como señalan Gloppen, Gargarella y Skaar, este rol instrumental de los jueces en relación con la voluntad popular o democráticamente producida, es una de las “central premises in contemporary democratic theory”, desde que se asume que las “Courts are important for working and consolidation of democratic regimes [...porque...] They facilitate civil government by contributing to the rule of law” (Gloppen, Siri, Gargarella, Roberto y Skaar, Elin. “Introduction: the accountability function of the courts in new democracies”. En: *Democratization and the judiciary. The accountability function of courts in new*

“función pública de carácter normativo”: resolver conflictos o controversias sobre la base de normas jurídicas preexistentes al acto de juzgar²¹; función que sólo adquiriría relevancia política en la medida que, a través de ella, el poder político democrático garantiza la supremacía de la Ley²².

No obstante, parece ser que las sentencias con las que se ha dado inicio a esta investigación comprometen seriamente la definición tradicional sobre la democracia y, sobre todo, el modelo de juez que está asociado a la misma²³. Y es que, más allá de lo justo o lo injusto de dichos fallos (o de los argumentos que los sustentan), habría que preguntarse si resulta ser “democrático” que un grupo de jueces (o incluso uno sólo) tengan la potestad de decidir, en desmedro de lo que la mayoría desea, qué es el matrimonio, qué medidas económicas son razonables, cómo se otorgan los beneficios penitenciarios, cuáles son los requisitos para la configuración de un despido, etc. Incluso, cabría preguntarse si los jueces que emitieron dichos fallos objetivamente han actuado “en estricta sujeción a la Ley” o, lo que es lo mismo, si el Derecho democráticamente creado por el Legislador (que el juez, en esta lógica, se estaría limitando a reproducir) es el que: (a) permite y a la vez prohíbe excluir del matrimonio a las parejas homosexuales (un oxímoron), (b) prevé pautas claramente determinadas para saber cuándo una rebaja arancelaria es razonable, (c) garantiza la seguridad jurídica pero no salvaguarda los actos llevados a cabo al amparo de la práctica judicial consolidada (otro oxímoron), (d) configura el despido como un acto jurídico bilateral, etc. Todo parece indicar, pues, que existe un desfase entre lo que la democracia en su sentido más básico exige y lo que *de hecho* realizan los tribunales al momento de realizar su función de resolver controversias²⁴. Se asiste, como dicen Guarnieri y Pederzoli, a “una intervención cada vez más marcada de la magistratura en el proceso político”, es decir, a un amplio proceso de “judicialización de la política”²⁵. Y si ello es

democracies. Siri Gloppen, Roberto Gargarella y Elin Skaar (editores). London/Portland: Frank Cass Publishers, 2004, p. 1).

²¹ Cfr. Hierro, Liborio. Op. Cit., p. 49.

²² Cfr. Ibid., p. 51.

²³ Es más, para el juez Scalia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, el fallo adoptado para la mayoría de sus pares en *Obergefell v. Hodger*, supuso un “golpe de estado judicial” (“Judicial Putsch”), desde que “is the furthest extension in fact—and the furthest extension one can even imagine—of the Court’s claimed power to create “liberties” that the Constitution and its Amendments neglect to mention. This practice of constitutional revision by an unelected committee of nine, always accompanied (as it is today) by extravagant praise of liberty, robs the People of the most important liberty they asserted in the Declaration of Independence and won in the Revolution of 1776: the freedom to govern themselves” (Cfr. 576 U.S. (2015), SCALIA, J., dissenting).

²⁴ Y esto es un serio problema porque, como resalta Shapiro, “in a democracy, the laws are supposed to be made by the people or their elected representatives. We know, of course, that in reality a great deal of law even in democracies is made by nonelected administrators. At least in theory, however, these administrators are under the control of elected political executives and legislatures. To the extent that “independent” nonelected judges make law, a normative problem for democracy arises” (Shapiro, Martin. “The mighty problem continues”. Op. Cit., p. 385).

²⁵ Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia. *Los jueces y la política: Poder judicial y democracia*. Traducción de Miguel Ángel Ruiz de Azua. Madrid: Taurus, 1999, p. 163. Shapiro presenta este fenómeno del siguiente modo: “in many industrialized, prosperous states, the array of active interest groups is so great and the bar so prolific that nearly every government initiative is litigated. The courts may only do what they are asked to do, but in some polities they are asked to do nearly everything” (Shapiro, Martin. “The mighty problem continues”. Op. Cit., p. 386).

así, entonces se vuelve sumamente perentorio reflexionar sobre el “modelo de juez” que, en una democracia, es deseable y posible... y, precisamente, esa es la materia que la presente investigación quiere contribuir a desarrollar.

Efectivamente, esa tensión entre lo que *de facto* hacen los jueces y lo que se supone que deben hacer, pone de manifiesto que aún sigue siendo necesario determinar cómo debe razonar, actuar y/o comportarse la persona que, en una democracia, se encarga de supervisar la validez de la actuación de los demás poderes públicos y privados. Dicho en otros términos, la situación descrita líneas arriba, nos invita a reflexionar –o a seguir reflexionando– sobre cómo debe desempeñar sus funciones y qué cualidades debe tener un juez que se considera a sí mismo como “demócrata”. ¿Es esto, entonces, lo que se hará en la presente investigación doctoral? El proyecto inicial, tal como fue diseñado, sí tenía como objetivo llegar a proponer un “modelo de juez” que, reconociendo los amplios poderes que *de hecho* poseen los mismos (el necesario punto de partida), a su vez permitiera alcanzar la mayores cuotas de realización posibles de la noción de democracia. Sin embargo, durante su desarrollo fueron apareciendo una serie de problemas que necesariamente debían ser resueltos de forma previa, a fin de sentar bases sólidas, buenos cimientos, para la construcción de un modelo *viable* de juez (esto es, que sea factible o posible de satisfacer en la praxis). Es por esta razón que, a lo largo de esta tesis doctoral, se presentan los resultados de una investigación dirigida a fijar, no el modelo de juez propiamente dicho (asunto que se deja para más adelante), sino los pilares empíricos sobre los cuales debe asentarse el mismo. En tal sentido, en las páginas que siguen, se abordarán dichos “problemas previos” y, lógicamente, se propondrá y defenderá la necesidad de asumir ciertos presupuestos que, desde mi punto de vista, son indispensables para la configuración de un prototipo *viable* de juez (la tres tesis escépticas que se anuncian en el título). Es esto, pues, lo que se hará en la presente tesis doctoral.

Por supuesto, para saber cuáles son esos “problemas previos” involucrados es necesario, como primer paso, resolver la siguiente interrogante: ¿a qué nos estamos refiriendo cuando hablamos de “modelo de juez”? En mi opinión, un modelo de juez viene a ser un “tipo ideal”, un paradigma sobre cómo debería ser un “buen juez” y, por tanto, nos dice cuándo estamos ante un buen ejercicio técnico y profesional de la función de juzgar²⁶. Es decir, viene a ser el norte, la brújula, que guía la búsqueda del

²⁶ Como explica Fernández, no es lo mismo un “buen juez” que un “juez bueno”. Este último, “se trataría de un ejemplo particular de la situación general que pretendemos describir cuando definimos a alguien como una buena persona. Las virtudes que rodean y se adhieren a lo que entendemos con la cualidad de bondad y con el adjetivo bueno. (...), un juez bueno es un caso especial de un ciudadano bueno. Alguien que en el ámbito privado y público de su existencia se comporta bondadosamente”; mientras que el primero “es una cualidad que se refiere al buen ejercicio profesional y técnico de la función de juzgar” (Fernández García, Eusebio. “Los jueces buenos y los buenos jueces. Algunas sencillas reflexiones y dudas sobre la ética judicial”. En: *Derechos y libertades*, N° 19, época II, 2008, pp. 29-30). Y dado que así como podemos “encontrarnos con un juez riguroso e implacable, pero deficiente moralmente en su conducta como ciudadano”, también podemos dar con “un juez moralmente bueno, pero con una formación, preparación, intuición y actuación legal deficiente”, Fernández dirá que “las capacidades y competencias del juez que necesitamos y deseamos tienen mucho más que ver con el buen juez que con

tipo de juez que queremos los ciudadanos y, como tal, nos sirve para fijar las condiciones indispensables para conseguirlo, esto es, cómo seleccionarlo, qué actitudes y aptitudes le vamos a exigir, qué se espera de él, qué responsabilidades tendrá que afrontar, etc. Es, en suma, el prototipo de juez que tendrían que *querer ser* –y, muy importante, *poder ser*– las personas que desempeñan la relevante función de resolver controversias interpersonales²⁷. Si esto es correcto, como creo que lo es, entonces proponer un modelo de juez compatible con la idea de democracia es un asunto complejo. Y lo es porque, como se ha adelantado, abordar adecuadamente esta materia requiere hacer frente a una serie de “problemas previos” que a pesar de tener conexiones entre sí, hasta el momento, no han recibido un tratamiento integral o unitario (aunque, desde luego, sí es posible encontrar trabajos o aportes que abordan, de forma separada, algunos de los temas incluidos en esta problemática). ¿Cuáles son, pues, esos problemas cuya resolución es indispensable a los efectos de sentar las bases para la configuración de un modelo viable de juez? Empecemos por el que, en mi opinión, se constituye en el necesario punto de partida.

Antes de hablar de un modelo de juez (sea el que sea), es imprescindible adoptar una posición en torno a un problema clásico de Teoría del Derecho: ¿tienen los jueces *de facto* discrecionalidad *ilimitada* para crear Derecho y, por tanto, todo lo que digan, sea lo que sea, siempre será jurídicamente *válido*? Empezar por este asunto es fundamental porque, a mi juicio, es lo metodológicamente más adecuado. En efecto, como señalan Guarnieri y Pederzoli, aun cuando “las distintas concepciones del papel judicial combinan con frecuencia descripciones y prescripciones, es decir, análisis de los comportamientos de los jueces y consideraciones sobre cómo deberían comportarse”²⁸; por lo general, “la discusión sobre el papel del juez raramente se enfrenta al problema de comprobar si su comportamiento corresponde, al menos en parte, a la concepción que se propone”²⁹. Vale decir, las distintas tipologías sobre los modelos de juez son “concepciones predominantemente normativas, que subrayan sobre todo la necesidad de que el juez adopte esta o aquella línea de comportamiento”³⁰ pero que, como dicen los autores, no evalúan si sus prescripciones (el *deber ser*) se corresponden –o no– con la descripción de lo que *de facto* es el comportamiento judicial (el *ser*). Ello, me parece, responde a una forma errónea de afrontar este problema, la misma que seguiría el siguiente derrotero: primero se teoriza un modelo de juez (una prescripción), luego se verifica la realidad judicial (una descripción) para, finalmente, tratar de transformar ésta según el modelo o tipo de

el juez bueno” (Fernández García, Eusebio. Op. Cit., p. 30). Por lo demás, en la literatura jurídica, al momento de abordar el problema del modelo de juez, lo usual es utilizar la expresión “buen juez”. Al respecto, véase: (i) Atienza, Manuel. “Ética judicial: ¿por qué no un código deontológico para jueces?”. En: Jueces para la democracia, N° 46, 2003, pp. 43-46; o (ii) Sancho Gargallo, Ignacio. “Ética judicial: el paradigma del buen juez”. En: Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, N° 72, 2007, pp. 117-138.

²⁷ Cfr. Atienza, Manuel. *Cuestiones judiciales*. México DF: Fontamara, 2001, pp. 128-133.

²⁸ Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia. Op. Cit., p. 66.

²⁹ Ibid., p. 70.

³⁰ Ibidem.

laboratorio teorizado (otra prescripción). Esto es, en lugar de que la solución se ajuste al problema, se persigue que el problema se ajuste a la solución.

No hace falta resaltar que este método no es el más confiable para afrontar el problema del modelo de juez deseable y posible: al prescindir de los datos que ofrece la experiencia empírica al momento de construir el modelo, lo más probable es que se termine proponiendo prescripciones que no calzan con el comportamiento que *de facto* presentan los sujetos objeto de observación (los jueces). Desde luego, se puede presumir que ello no sucederá si se sigue la siguiente ruta metodológica: observar y/o constatar lo que *de hecho* hacen o pueden hacer los jueces (una descripción), evaluar la misma según ciertos parámetros (una prescripción crítica) y, finalmente, proponer un modelo de juez que sea realmente posible de satisfacer en la praxis (una prescripción propositiva). Claramente, este segundo camino, a diferencia del primero, es el más confiable: se construye el modelo sobre la base de la información proporcionada por la realidad. Si ello es así, entonces es imperativo iniciar esta investigación determinando qué es lo que *de facto* hacen o pueden hacer los jueces al momento de realizar su función de resolver controversias y, por supuesto, ello exige tomar posición en torno a la difícil cuestión de la discreción judicial. Por lo demás, y esto prueba lo recientemente dicho, el problema del modelo de juez está claramente condicionado por la cuestión de la discreción judicial³¹. Así, y sólo por poner un ejemplo, Dworkin no le concede a “Hércules” (su modelo de juez y quizás el más famoso) el poder de crear Derecho porque, según su concepción de Derecho (como se verá en su momento), hay siempre en el ordenamiento jurídico una única respuesta correcta para todos los casos posibles y, como no podía ser de otra manera, en ese marco la tarea de Hércules es precisamente descubrir –y no inventar– esa única respuesta correcta³².

Un segundo orden de cuestiones vinculadas a la investigación propuesta se deriva, ya no de verificar qué tanto pueden hacer los jueces válidamente (una descripción), sino de estudiar cuál es el ámbito de actuación legítima que se le reconoce a los mismos en el marco de la concepción que hoy se asume que es la más elaborada sobre la democracia: la del Estado constitucional de Derecho (una prescripción). Ya no se trata, pues, de constatar cuál es el comportamiento que *de facto* muestran los jueces, sino de estudiar si lo que hacen –o pueden hacer– realmente está proscrito por el modelo de democracia instituido por el Estado constitucional de Derecho. En otras palabras, abordar el problema del modelo de juez compatible con la idea de democracia, más allá de la cuestión sobre la discreción judicial, exige también determinar cuáles son los criterios de legitimidad que éste debe satisfacer para que, en el marco del Estado

³¹ Por ejemplo, Ost desarrolla tres modelos de juez (Júpiter, Hércules y Hermes respectivamente) en función de tres distintas concepciones teóricas sobre la discreción judicial (Cfr. Ost, François. “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”. En: *Doxa*, N° 14, 1993, pp. 169-194).

³² Cfr. Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 2° edición, 1989, pp. 176-208.

constitucional de Derecho, su decisión pueda ser presentada como “justificada” (una prescripción crítica). En tal sentido, a los efectos de construir un modelo de juez democrático que sea “factible”, tan importante como determinar si los jueces tienen o no discreción para crear Derecho, es identificar: (i) cuál es el sentido de “democracia” implícito en la lógica del Estado constitucional de Derecho, (ii) cómo encajan los jueces dentro del mismo, y (iii) cuáles son los criterios que se han propuesto para saber, dentro de este marco, cuándo o de qué forma está justificada una intervención judicial y, por supuesto, optar por aquél o aquellos que, realmente, permitan discriminar una actuación judicial legítima de una ilegítima. Desde luego, como se verá en su momento, se está frente a asuntos particularmente complejos.

Y es que, el Estado constitucional de Derecho es un modelo de organización estatal que sigue la filosofía del “constitucionalismo” que, en líneas generales, entiende que no debe haber poderes descontrolados y, mucho menos, poderes ilimitados, a los efectos de evitar el despotismo y asegurar la libertad política³³. Así, pues, de acuerdo con esta lógica, un instrumento jurídico llamado “Constitución” pasa a ser “el límite” al accionar del Parlamento y demás poderes públicos (y privados) y, muy importante, corresponderá a los jueces y tribunales la legítima función de controlar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales (aunque, paradójicamente, sobre ellos no recaerá ningún tipo de control)³⁴. Evidentemente, el cumplimiento de esta prescripción exigirá del juez una especial actitud o compromiso: ser un “activista” o un controlador exigente de la validez constitucional de las decisiones políticas y privadas³⁵. Y esto añadirá ciertos elementos de complejidad al problema del modelo de juez. Téngase en cuenta que, de acuerdo con el método señalado anteriormente, habría que preguntarse: ¿dicha forma de entender la función judicial y los criterios de legitimidad asociados a la misma, se corresponden con lo que de hecho sucede en la praxis? Si la respuesta es afirmativa, entonces se habrá dado con criterios de justificación que son “factibles” o “viables”. Pero, si la respuesta es negativa, no sólo se habrá descartado ciertos criterios sino que, además, aparecerá el problema de proponer criterios de legitimidad de la labor judicial alternativos que, a diferencia de los anteriores, sí puedan ser considerados “realizables”. Queda claro, entonces, que el problema de la legitimidad de la actuación judicial, también forma parte del problema de hallar el prototipo de buen juez viable en el marco del Estado constitucional de Derecho (el, para muchos, verdaderamente democrático).

Pero ahí no termina todo, un tercer orden de materias vinculadas con la problemática del “modelo de juez” tiene que ver con los criterios que rigen –y deben regir– el

³³ Cfr. Troper, Michel. *Por una teoría jurídica del Estado*. Traducción de María Venegas Grau. Dykinson: 2001, pp. 183-201. En el mismo sentido, véase: Ansuátegui Roig, Francisco Javier. *De los derechos y el Estado de Derecho: Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 171-172.

³⁴ Cfr. Barranco Avilés, María del Carmen. “El papel del juez en el Estado constitucional”. En: *Anuario de filosofía del Derecho*, N° 22, 2005, pp. 113-130.

³⁵ Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999, pp. 25-35.

proceso de adopción de la decisión judicial. Es decir, además de abordarse los problemas de la discreción judicial y de la legitimidad de los jueces, a los efectos de establecerse otro de los pilares o cimientos necesarios para la configuración de un modelo viable y posible de juez, a mi juicio, será indispensable evaluar sobre la base de qué se resuelven –o deben resolver– las controversias puestas en conocimiento de los jueces. Y si ello es así, antes de proponerse un prototipo de buen juez democrático, habrá que abordar el problema del papel que las leyes, los productos de las decisiones legislativas (o democráticas), cumplen –o deben cumplir– en el marco de los procesos de decisión judicial. No debe perderse de vista que las leyes, desde que su existencia empírica no puede ser puesta seriamente en discusión (sería un sinsentido negar su presencia), inevitablemente formarán parte de nuestra cotidianidad –incluyendo la de los jueces– y, por tanto, que algún papel forzosamente tendrán que cumplir en el marco de los procesos de resolución de controversias (ya sea secundario, ya sea protagónico). Si esto es correcto, como creo que lo es, entonces se vuelve imperativo resolver de qué manera influyen –si es que lo hacen– en el razonamiento práctico de los jueces. Y, desde luego, hacerlo no será un problema menor. Y no lo será porque supone no dar por sentado que las leyes fácticamente operan como razones únicas, excluyentes o definitivas, para la decisión judicial.

En efecto, si tiene algún sentido preguntarse por el papel de las leyes en los procesos judiciales, es porque se asume que la manera habitual de presentarlas como “razones excluyentes para la acción”, no es más que una prescripción que necesariamente debe ser cotejada con lo que sucede en la praxis y, por tanto, que su papel real en el ámbito de los procesos judiciales no dependerá de cómo las presenta la autoridad que las emite (el legislador), sino de cómo son percibidas y utilizadas por la autoridad que las aplica (el juez). Pero no sólo eso, partir de este punto de vista también supone asumir: (i) que en el ámbito de los procesos de decisión judicial participan otros factores, además de la leyes, que serán los que condicionarán el grado de adhesión efectiva de los jueces hacia las mismas; y, sobre todo, (ii) que eventualmente podrían haber razones que justifiquen alterar o, incluso, apartarse de los mandatos que contienen. ¿Cuáles son, pues, esos otros factores?, ¿cuál es su naturaleza?, ¿con qué intensidad se presentan?, ¿de qué manera interactúan entre sí?, ¿hay alguno que tenga más relevancia que los otros?, ¿es posible sistematizarlos u ordenarlos?, etc.; son preguntas que inevitablemente habrá que responder, si es que se quiere construir un modelo de juez que tengan algún correlato empírico con la realidad. Y es que de nada valdrá, por ejemplo, prohibirle al juez adoptar decisiones sobre la base de razones morales (o de otro tipo), si es que se demuestra que éstas en última instancia siempre estarán presentes en el ámbito de los procesos de resolución de controversias. Queda claro, entonces, que resolver estos problemas también será indispensable para la configuración de un modelo de juez.

Finalmente, y ya entrando en el diseño del “modelo de juez” propiamente dicho, cuando en el ámbito académico se interrogan por esta cuestión, además de lo señalado en los párrafos precedentes, se preguntan por una serie de variables, actitudes, aptitudes y virtudes que debe tener un “buen juez”. Así, por ejemplo, para Dworkin la figura de Hércules encarna las actitudes y aptitudes que un juez debe tener y, sobre todo, la forma de argumentar y razonar que debe seguir³⁶. Por su parte, Guarnieri y Pederzoli han propuesto una tipología de modelos de juez tomando como referencia dos variables: capacidad para crear normas (alta o baja discrecionalidad judicial) y autonomía política (alta o baja independencia del Legislativo y del Ejecutivo)³⁷. Así, por otro lado, sostiene que un modelo de “juez razonable” se debe construir sobre la base de combinar principios de ética judicial (como la imparcialidad y la independencia)³⁸, con las exigencias derivadas de los diferentes modelos de motivación judicial (suficiente, completa y correcta) tanto en el plano de la validez como en el de la corrección, añadiendo además criterios referentes a los controles y responsabilidades a los que debe estar sometida la actuación de los tribunales de justicia³⁹. Malem, por su parte, se ha centrado en indagar acerca de los aspectos de la vida privada de los buenos jueces que, por afectar su imparcialidad, adquieren relevancia al momento de decidir una controversia, tales como la salud física o psicológica, las creencias morales, los caracteres de la personalidad, etc.⁴⁰. En síntesis, además de lo señalado en los párrafos precedentes, la construcción del modelo también requiere preguntarse: (i) por la forma en que se debe “razonar”, (ii) por las “actitudes”, “aptitudes” y/o “virtudes” que se debe tener en la vida pública y privada, (iii) por los “controles” a los que la actuación debe estar sometida, y (iv) por las “responsabilidades” a las que ésta puede dar lugar.

Todo parece indicar, entonces, que el problema del modelo viable de juez es un asunto sumamente complejo, que involucra una cantidad considerable de variables y, por tanto, de probado interés académico. Pues bien, presentados de esta forma los muchos elementos que están detrás de esta materia, en esta tesis se van a abordar los problemas relativos a la discreción judicial, a la legitimidad de la actuación de los jueces y al papel que realmente cumplen las leyes en el proceso de resolución de controversias. Es decir, se deja para más adelante el estudio de la argumentación judicial, de las actitudes, aptitudes y/o virtudes que los jueces deben tener, de los controles a los que su actuación debe estar sometida y de las responsabilidades a las que ésta puede dar lugar. En tal sentido, con este trabajo de investigación se persigue: (a) describir objetivamente (es decir, con la pretensión de dejar de lado apreciaciones

³⁶ Cfr. Dworkin, Ronald. Op. Cit., pp. 176-208.

³⁷ Cfr. Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia. Op. Cit., pp. 65-72.

³⁸ Sobre la llamada “ética judicial” también puede verse: (i) Andrés Ibáñez, Perfecto. “Ética de la función de juzgar”. En: jueces para la democracia, 2001, N° 40, pp. 19-24; y (ii) del mismo autor, “Para una ética positiva del juez”. En: claves de la razón práctica, 2005, N° 152, pp. 26-33.

³⁹ Cfr. Asís Roig, Rafael de. *El juez y la motivación en el Derecho*. Madrid: Dykinson, 2005, pp. 150-158.

⁴⁰ Cfr. Malem Seña, Jorge F. “La vida privada de los jueces”. En: *La función judicial*. Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (compiladores). Barcelona: Gedisa, 2003, pp. 163-179. Del mismo autor, Cfr. “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?” En: DOXA, N° 24, 2001, pp. 379-403.

subjetivas) qué tanto “puede hacer” válidamente un juez al momento de resolver controversias; (b) definir cuáles son los criterios de legitimidad que, en el marco del Estado constitucional de Derecho, realmente le asisten al órgano jurisdiccional; y, por último, (c) determinar cuáles son los criterios que rigen –y, muy importante, deben regir– el proceso de decisión judicial. A estos efectos, me he planteado como guía metodológica las siguientes hipótesis de partida:

- (i) “Los jueces *siempre* actúan *sólo* con discreción *fuerte* y, por tanto, son un *poder* en todo el sentido del término”;
- (ii) “La legitimidad de los jueces, en el marco del Estado constitucional de Derecho, más allá de ciertos criterios procesales *mínimos*, se basa no en criterios racionales u objetivos sino en elementos puramente *carismáticos*”; y
- (iii) “Las leyes, en el ámbito de los procesos judiciales, operan tan sólo como razones *primeras* para la acción de los jueces y su decisión de adherirse o no a las mismas *debe* basarse en criterios de *equidad*”.

Éstas serán, pues, las brújulas que guiarán el desarrollo de esta tesis doctoral en cada una de sus secciones y, por consiguiente, a demostrar las mismas estará dirigido todo mi esfuerzo. Y, a estos fines, he creído conveniente dividir esta tesis en tres capítulos que, a su vez, coinciden con las tres tesis escépticas que se anuncian en el título de la presente investigación. En el primero de ellos, se estudia el problema de la discreción judicial pero como parte de un problema mayor: el carácter de “poder” de los jueces y tribunales. Esto es así porque, como se dijo, en la concepción tradicional de la democracia se asume un modelo de juez “boca muda” o, lo que es lo mismo, sin discreción alguna. Y si ello es así, como se demostrará a continuación, se asume también que los jueces y tribunales no ejercen un poder político verdadero (o, por lo menos, no en el mismo modo en que lo hacen el Legislativo y/o el Ejecutivo) y, por tanto, que no existe el “Poder Judicial”. En ese sentido, el problema del poder de los jueces es, al final, el problema de la discreción judicial y viceversa. Así, pues, en la primera parte, se pasará revista a todas las posiciones que sobre esta materia se ha podido identificar (cuatro en total: tres clásicas y una contemporánea) y, por supuesto, se adoptará aquella que ofrezca la mejor explicación sobre lo que los jueces de hecho hacen –o pueden hacer–, al momento de resolver controversias (la tesis realista sobre la actividad judicial). De esta forma, el objetivo final de la primera parte será demostrar que, con ciertos matices, es correcta aquella tesis que caracteriza a los jueces como un poder discrecional jurídicamente ilimitado (en tanto el acto de juzgar es siempre un acto puro de la voluntad) y, por ello mismo, como un real “Poder Judicial”. Este será, pues, el ineludible dato fáctico sobre el cual tendrá que construirse el modelo de juez de la democracia (la primera tesis escéptica).

En el segundo capítulo, por otro lado, se profundiza en el problema de la legitimidad de la actuación de los jueces en el marco del Estado constitucional de Derecho. Para

ello, primero, a los efectos de tener claros los términos del debate (y la seriedad con la que debe ser abordado el mismo), se define qué se va a entender por “legitimidad”. Luego, se pasa a estudiar el papel que a los jueces se les asigna en el modelo de organización estatal señalado y, a la luz de lo dicho en el primer capítulo, se ponen de manifiesto: (i) las serias contradicciones que existen entre el modelo de juez prescrito por el Estado constitucional de Derecho y lo que de hecho sucede en la praxis (lo que prueba su inviabilidad), y (ii) cuál es el sentido de la idea de “democracia” compatible con la presencia de los jueces y tribunales como un real “Poder Judicial” (la que, por cierto, sería la que tendría que ser tomada en cuenta a la hora de teorizar sobre el modelo de juez que, en el marco del Estado constitucional de Derecho, es deseable y posible de realizar). Finalmente, sobre la base de esto, se pasa revista a los criterios de legitimidad que han sido propuestos a los efectos de justificar la labor de los jueces y tribunales en términos democráticos. La idea que al final se va a sostener (esto es, la segunda tesis escéptica), es que dada las falencias que presentan dichos criterios, en el marco del Estado constitucional de Derecho, por la forma en que éste está estructurado, sólo se puede apostar como criterios de legitimidad de la actuación judicial: (i) por el cumplimiento de ciertas exigencias procesales que fijarían un piso mínimo de legitimidad, y (ii) por ciertos elementos que, estando presentes en la persona del juez, generarían “confianza” en las partes del proceso (y, en general, en la ciudadanía) de que no devendrá en arbitraria la solución final que el mismo disponga. Estos serían, entonces, los criterios de legitimidad que regularían la actividad del prototipo de buen juez del Estado constitucional de Derecho.

Finalmente, en el tercer capítulo, se estudia el problema del rol que realmente cumplen las leyes en el proceso de decisión judicial. A estos efectos, dadas las conclusiones alcanzadas en los capítulos precedentes, en primer lugar se pone de manifiesto que los jueces no han dejado de ser –y, más importante, que siempre serán– los despreciados “cadíes” del pasado. Tomando en cuenta ese dato, a continuación, se pregunta cómo se compatibiliza –o puede compatibilizar– la subsistente “justicia de cadí” con la innegable presencia de leyes que se presentan, a sí mismas, como razones excluyentes para la decisión judicial. Es, en ese momento, en que se propondrá entender que las leyes, en el marco de la actividad de resolver controversias, tan sólo operan como razones *primeras* para la decisión judicial y, por tanto, que los jueces-cadíes siempre tendrán *de facto* la posibilidad de alterarlas o, incluso, de dejarlas de lado. Luego, apelando a la “teoría de la decisión racional”, se pasa a estudiar los diferentes factores que, de una u otra manera, estarán presentes en el “contexto personal de la decisión judicial” y, como tal, que condicionarán la mayor o menor extensión de la “zona *empírica* de razonabilidad” del juez correspondiente. Al culminar ese acápite, se sostendrá que las razones prudenciales son las realmente definitivas en el proceso de decisión judicial pero que, en el plano prescriptivo-justificativo, forzosamente tendrán que serlo las de índole moral. Y, precisamente, cerrando la presente investigación, se sugerirá evaluar la justificación

última de las resoluciones judiciales, en función de las exigencias que impone el viejo ideal regulativo de la actividad judicial llamado “equidad”. Sostener, pues, que las leyes realmente *son* razones primeras para la decisión judicial y que la equidad *debe* ser el criterio rector del acto de juzgar, viene a ser la tercera tesis escéptica defendida en la presente investigación.

Antes de empezar, es conveniente hacer una breve mención sobre la metodología y la bibliografía que ha sido utilizada. Tal como se deduce de lo dicho hasta ahora, la investigación propuesta puede ser calificada, según la clasificación de Umberto Eco, como “teórico-historiográfica”⁴¹. Ello es así porque, siguiendo la ruta “descripción-prescripción crítica-prescripción propositiva”, se va a reflexionar sobre un problema abstracto (el modelo de juez compatible con la idea de democracia) pero tomando en cuenta los desarrollos, parciales o integrales, hechos previamente por otros autores. Es decir, antes de plantearse una posición propia, se estudiarán –y criticarán de ser el caso– los planteamientos que ya han sido expuestos por otros estudiosos del Derecho (clásicos y contemporáneos). Dicho de un modo más sencillo, es “teórica” porque se pretende elaborar un planteamiento propio u original (ya sea descriptivo, ya sea prescriptivo) y es “historiográfica” porque no se va a realizar un razonamiento *ab initio* sino apoyándose en lo hecho previamente. En tal sentido, en cada etapa de la presente investigación, el método consistirá, primero, en identificar y explicar las principales posiciones existentes sobre el tema que en ese momento se esté tratando (ya sean descriptivas, ya sean prescriptivas) y, luego, en criticar y proponer planteamientos alternativos que resuelvan –o, por lo menos, ayuden a comprender– de una mejor manera el problema correspondiente. Y, desde luego, esto ha tenido una repercusión en la bibliografía utilizada: la misma incluye a los principales autores (clásicos y contemporáneos) que, en el ámbito nacional e internacional, han trabajado, integral o parcialmente, el problema del modelo de juez y, por supuesto, es la que me ha permitido identificar los sub-problemas que se abordan en el cuerpo de la presente investigación y, sobre todo, cotejar diversas opiniones antes de criticar o cuestionar alguna de las tantas posiciones que, a lo largo de esta tesis, se ha tenido que enfrentar.

Para culminar estas palabras introductorias, quiero manifestarse mi profundo y especial agradecimiento: (i) a la Dra. María del Carmen Barranco Avilés, asesora de la presente tesis doctoral, quien con sus oportunos comentarios y valiosas sugerencias contribuyó decididamente a mejorar el contenido y rigurosidad del presente trabajo de investigación; (ii) al Dr. Francisco Javier Ansuátegui Roig, director del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, quien tuvo la gentileza de revisar las primeras versiones de este trabajo y cuyos consejos y observaciones han sido, para mí, de un valor inestimable; (iii) al Dr. Rafael de Asís, quien en su momento me ayudó

⁴¹ Cfr. Eco, Umberto. *Cómo se hace una tesis: técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura*. Traducción de Lucía Baranda y Alberto Clavería Ibáñez. Barcelona: Gedisa, 1982, pp. 32-35.

a perfilar el tan necesario esquema inicial; (iv) a los Drs. Javier Dorado y Rafael Escudero, quienes con el buen “rollo” que les caracteriza, siempre estuvieron dispuestos a interrumpir sus labores cotidianas para escuchar y cuestionar las ideas que se presentan en las páginas que siguen; y (v) al Dr. Guillermo Boza, jefe del departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, quien desde las épocas en que yo era su practicante, viene apoyando decididamente mi desarrollo académico y profesional. A todos, muchas gracias.

CAPÍTULO I:

EL PROBLEMA DEL ALCANCE DEL “PODER” DE LOS JUECES

1. Democracia y “poder judicial”.

Una concepción de la democracia como la señalada en la introducción presupone – exige en verdad– una concepción de la actividad judicial como un “no poder”. En efecto, como ahí se dijo, los jueces para la noción tradicional sobre la democracia tan sólo cumplen una función instrumental: garantizar el gobierno del pueblo. De acuerdo con esa lógica, su única función es resolver controversias aplicando la Ley y, como tal, aplicar estrictamente la voluntad de la mayoría (estarían, pues, siempre subordinados al Parlamento). En ese sentido, en esta concepción, no habría ningún problema de legitimidad político-democrática con la actividad de los jueces: ésta siempre sería democrática porque éstos siempre ejecutarían el Derecho democráticamente producido. Por ello, en esta concepción de la democracia, el prototipo o paradigma de juez esperado, tanto para la teoría democrática tradicional como para el ciudadano promedio, no podría ser otro que el que Ost ha denominado, apelando a la mitología griega, como “Júpiter”; es decir, el juez que se corresponde con una visión “jupiterina” del Derecho, piramidal o jerarquizada, donde el elemento supremo u omnímodo es la Ley (o la Constitución) emitida por “Júpiter” (es decir, el pueblo, la voluntad suprema) y, por consiguiente, donde las decisiones de aquél (el juez) no son más que meras aplicaciones a-valorativas de la voluntad de éste¹. En suma, en la concepción tradicional de la democracia se exige, tal como prescriben las Constituciones de los Estados de derecho contemporáneos, un modelo de juez que, al ser un “no poder”, está totalmente sometido al “imperio de la Ley”² (o, si se quiere, del Derecho en su conjunto) o, nunca mejor dicho, al imperio del órgano democráticamente autorizado para producir Derecho. Se puede decir, entonces, que la tesis de la compatibilidad entre jueces y democracia se basa en negar el carácter de “poder” de los primeros³.

No obstante, si se demuestra que los jueces sí constituyen un poder en todo el sentido de la palabra, esto es, parafraseando a Weber, que pueden imponer, individual o colectivamente, su propia voluntad en desmedro de la de los órganos de representación popular (el Legislativo o, dependiendo de los sistemas, el Ejecutivo)⁴,

¹ Cfr. Ost, François. Op. Cit., pp. 172-176.

² Un buen ejemplo de esto lo encontramos en el numeral 1 del artículo 117º de la Constitución española que prescribe que “la justicia emana del pueblo y se administra (...) por Jueces y Magistrados (...) sometidos únicamente al imperio de la Ley”.

³ En palabras de Troper: “Para sostener que el papel de los tribunales se conforma con la democracia es necesario negar que estos dispongan de un poder discrecional y sostener que se limitan a aplicar un derecho preexistente, sin poder expresar preferencias ideológicas o axiológicas, (...)” (Troper, Michel. “El poder judicial y la democracia”. En: *La función judicial*. Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (compiladores). Barcelona: Gedisa, 2003, p. 212).

⁴ Max Weber define el término “Poder” de la siguiente manera: “Poder significa la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad” (Weber, Max. *Economía y sociedad*. Traducción de José Medina Echevarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. México DF:

entonces realmente sí habría un problema en términos político-democráticos. Y es que, ¿cómo justificar que un grupo de individuos —o incluso uno solo— que no han sido elegidos directamente por la ciudadanía y que no responden políticamente por sus actos, tengan el poder de imponer su voluntad?,⁵ ¿acaso no supondría la instauración del gobierno de una minoría, se supone especialmente “ilustrada”, en desmedro del gobierno democrático del pueblo?, ¿no supondría ello un insoportable elemento “aristocrático” en el seno de la democracia? En suma, ¿no se estaría frente al indeseable y temido “gobierno de los jueces”? Pues bien, lo que se quiere hacer en esta parte de la presente investigación, como ineludible paso previo en la ruta trazada hacia la configuración de un modelo “real” de juez democrático, es demostrar que esa concepción de juez exigida por la concepción tradicional de la democracia, dado que no tiene un correlato empírico que la sustente, es más ideológica que fáctica y, por tanto, que una investigación des-prejuiciada sobre el modelo de juez deseado debe de tomar como punto de partida el dato fáctico de que *de hecho* los jueces y tribunales se configuran en un poder que, en el sentido tradicional de la idea de “democracia”, no sólo no está presupuesto sino, incluso, es negado.

Así, en esta parte, asumiendo un enfoque puramente descriptivo externo de la actividad judicial, se va a caracterizar a la misma como un poder jurídicamente ilimitado (en tanto se defiende que todo fallo judicial, sea el que sea, siempre será válido). A estos efectos, a lo largo de esta sección, se estudiarán las posiciones que sobre la existencia —o no— de un *real* Poder Judicial se han podido identificar (desde las que lo niegan radicalmente, hasta las que lo afirman absolutamente, pasando por aquellas que se pretenden eclécticas) y, por supuesto, se tomará posición sobre este espinoso asunto. Pero vayamos despacio y, primero, preguntémonos: ¿qué implica afirmar —o rechazar— que los jueces son un *poder*?, y por ende, ¿cuáles son las cuestiones que necesariamente deben ser abordadas?

1.1 Poder judicial funcional y discreción judicial fuerte.

Usualmente, como explica Troper, la negación del carácter de poder de los jueces se hace desde dos perspectivas: la “orgánica” y la “funcional”. Desde la primera, se niega que los jueces formen un poder porque, orgánicamente, no habría un poder judicial “único” (así como hay “un” poder legislativo o “un” poder ejecutivo); y, desde la segunda, se dirá que no constituyen un poder porque, en tanto su función consistiría únicamente en aplicar la Ley, no dispondrían de poder discrecional al momento de tomar sus decisiones (a diferencia, por supuesto, de lo que sucedería con el Parlamento)⁶. Efectivamente, para negar la existencia de un Poder Judicial “único” o en sentido “orgánico”, se dirá que existen muchos jueces y tribunales y que éstos, a

Fondo de Cultura Económica, 2ª edición, 1964, p. 43). En adelante, cada vez que se use el término “poder” se hará en este sentido.

⁵ Cfr. Gargarella, Roberto. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Ariel, 1996, p. 11.

⁶ Cfr. Troper, Michel. “El poder judicial y la democracia”. Op. Cit., pp. 209-220.

diferencia del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo (que también están compuestos por varios órganos como, por ejemplo, las distintas cámaras en el Parlamento o los distintos ministerios en el Ejecutivo), no realizan actos parciales que contribuyen a formar la voluntad unitaria de un solo poder, sino que, por el contrario, emiten actos (las resoluciones o los fallos) del cual cada uno de ellos es su respectivo autor y, como tal, que no son imputables al Poder Judicial en su conjunto (como sí sucedería, por ejemplo, con las leyes que se imputan al “Poder Legislativo” y no a la Cámara de Diputados o a la Cámara de Senadores en forma separada)⁷. En otras palabras, según este planteamiento, el Poder Judicial (de existir claro está) no sería ejercido por un único órgano judicial sino que, por el contrario, sería ejercido por varios órganos judiciales que serían, en el ejercicio de sus funciones, orgánicamente independientes entre sí⁸.

Troper responde a este argumento señalando que, si bien es cierto no se puede identificar “un” Poder Judicial del mismo modo que se identifica un Poder Legislativo o un Poder Ejecutivo, razón por la cual la objeción tal y como está formulada es válida, también lo es que se puede hablar de “un” Poder Judicial si es que se enfoca el análisis en el órgano que está en la cúspide de la estructura jerárquica de la administración de justicia (la corte suprema, por ejemplo) y, sobre todo, en el enorme poder discrecional que tienen los jueces (en general) al momento de ejercer sus funciones⁹. Dicho en otros términos, a criterio de este autor, es posible sostener que existe “un” Poder Judicial si es que se toma en cuenta: (i) que siempre existe “un” órgano judicial supremo que tiene el poder de imponer, vía la jurisprudencia y la revisión judicial, una suerte de “unidad de criterio”, de forma “abstracta” y con alcance “general”, para todos los jueces de inferior jerarquía, y (ii), sobre todo, que todos los jueces, en especial aquellos que tienen el poder de decir “la última palabra”, cumplen su función de resolver controversias haciendo algo más (mucho más en verdad) que aplicar simplemente una suerte de Derecho pre-existente. Por tanto, de acuerdo con Troper, si hay un Poder Judicial *en sentido orgánico*, es porque existe Poder Judicial *en sentido funcional* en cada uno de los jueces y tribunales incluyendo, obviamente, al órgano supremo. Consecuentemente, para resolver el problema de la existencia o no de *un* Poder Judicial, es necesario primero haber resuelto la siguiente pregunta: ¿tienen o no los jueces y tribunales, en general, discrecionalidad en el momento de

⁷ Cfr. Troper, Michel. “El poder judicial y la democracia”. Op. Cit., pp. 210-211.

⁸ Así, por ejemplo, Andrés Ibáñez, aun cuando no rechaza el carácter de “poder” de jueces y tribunales, sí señalará que no existe un “único” órgano que sea el que detente el Poder Judicial: “Así, la expresión “poder judicial” para aludir al complejo institucional que habitualmente constituye su objeto, incluido ahora el Consejo General del Poder Judicial, es útil en cuanto tiene un valor descriptivo y evoca una realidad diferencial, pero siempre que no se pierda de vista que implica un uso extensivo y por tanto necesariamente impreciso del concepto. Porque ni el conjunto de órganos contenidos bajo aquella denominación, ni el CGPJ propiamente dicho, son detentadores de la potestad jurisdiccional, aquella cuya investidura habilita para hacer uso del “poder” de juzgar en cada caso. No hay un titular concreto y determinado de la potestad jurisdiccional —(...)—, sino que cada uno de los jueces y magistrados están investidos en el mismo grado e intensidad” (Andrés Ibáñez, Perfecto y Claudio Movilla Alvarez. *El Poder Judicial*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 21).

⁹ Cfr. Troper, Michel. “El poder judicial y la democracia”. Op. Cit., p. 212.

tomar decisiones? Ésta es, pues, la pregunta que será tratada en esta parte de la presente investigación.

Ahora bien, tal como se desprende del párrafo precedente, el problema del poder de los jueces y tribunales es el problema de la *discreción judicial*. Efectivamente, cuánto poder tienen los jueces y tribunales, es una pregunta cuya respuesta depende de resolver qué tanta *discreción* tienen al momento de desempeñar sus funciones. Y, a los efectos de abordar esta cuestión, es indispensable recordar que Ronald Dworkin en su momento puso de manifiesto que existe una manera “débil” y otra “fuerte” de entender el término “discreción”. Con el primero, se dice que un juez tiene discreción si las normas jurídicas que debe aplicar exigen discernimiento o, lo que es lo mismo, que los estándares normativos que tiene la obligación de aplicar (y, por tanto, no sujetos a su voluntad), no pueden ser impuestos si no se hace de manera juiciosa¹⁰. Asimismo, siempre según Dworkin, también se dice que un juez tiene discreción débil si con eso se quiere resaltar el hecho de que éste es la autoridad judicial final y, por tanto, que su resolución, al ser definitiva, no puede ser revisada o anulada¹¹. En cambio, cuando se habla de discreción en sentido fuerte, de acuerdo con Dworkin, se está queriendo decir que el juez, en lo que respecta a algún caso específico, simplemente no está vinculado por estándares normativos previamente impuestos por la autoridad legislativa correspondiente (ya sea ordinaria, ya sea constitucional); es decir, que no existe deber jurídico alguno que le exija resolver el caso en cuestión de una forma determinada y, por tanto, que tiene libertad para decidir cómo resolver el mismo¹².

Como se puede apreciar, en lo que se refiere a la labor judicial, el primer sentido de discreción débil aparecería cuando el juez, para realizar sus funciones, tiene que respetar ciertos estándares normativos que delimitan su capacidad de decisión pero que, a la vez, le dan un margen para decidir cómo los aplica; es decir, cuando tiene que tomar una decisión pero dentro del espacio de discernimiento permitido por las normas jurídicas (que, se sobreentiende, son para él obligatorias). Sería un supuesto débil de discreción porque, con él, como explica Iglesias, se da cuenta del hecho de que el Derecho sí ofrece una respuesta para resolver el caso concreto pero que ésta, simplemente, debe ser aplicada por el juez con sensatez o cordura atendiendo a las particularidades que el supuesto específico ofrezca¹³. Vale decir, cuando las normas dejan un espacio al discernimiento del juez pero, a su vez, delimitan o restringen las posibles opciones que el mismo pudiera adoptar, entonces se está ante un caso de discreción en sentido débil. Así, pues, en este sentido débil de discreción, sea cual sea la decisión que finalmente adopte, el juez nunca impondrá su propia voluntad ya que, de alguna manera, siempre estaría aplicando alguna de las opciones previstas por el

¹⁰ Cfr. Dworkin, Ronald. Op. Cit., pp. 84 y 131.

¹¹ Cfr. Ibid., pp. 84 y 131.

¹² Cfr. Ibid., pp. 85 y 131.

¹³ Iglesias Vila, Marisa. *El problema de la discreción judicial: Una aproximación al conocimiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 26-27.

creador del Derecho: la autoridad legislativa respectiva. Consecuentemente, en la discreción débil el juez no crea Derecho, tan sólo aplica el pre-existente.

Algo distinto sucede con el sentido fuerte. Este sentido de discreción aparecería cuando el juez tiene que tomar una decisión en torno a una controversia pero sin estar vinculado por alguna regla jurídica preexistente y, por tanto, cuando tiene que crear, de esta forma, sus propias pautas o estándares normativos de resolución. Como dice Iglesias, este sentido de discreción “presupone la existencia de un ámbito en el que el derecho deja un margen de libertad al intérprete para determinar los estándares que guiarán su decisión”¹⁴. Sería un sentido fuerte del término porque con él, como explica la misma Iglesias en otro momento, se da cuenta del hecho de que, al no haber un estándar normativo que se le imponga al juez, éste tendrá plena libertad para construir las pautas normativas sobre la base de las cuales solucionará la controversia que se le presenta¹⁵. Es decir, cuando el juez no se encuentra sujeto a un estándar normativo emitido por la autoridad legislativa respectiva, entonces se dice que éste tiene discreción fuerte para resolver el caso particular que está en sus manos. Así, pues, si con el sentido débil se quiere hacer referencia a la presencia de estándares normativos que se le imponen al juez pero que exigen discernimiento al momento de su aplicación, con el sentido fuerte se hace alusión a aquellos supuestos para los cuales no existe estándar normativo que le imponga al juez la obligación de fallar en uno u otro sentido. Está claro que, en este supuesto, el juez, al resolver la controversia, al no estar aplicando alguna opción prevista por el ordenamiento jurídico, estaría imponiendo su propia voluntad y, por tanto, estaría creando Derecho.

¿Y qué pasa con el segundo sentido débil distinguido por Dworkin? En mi opinión, este sentido no sería en estricto “débil” ya que también podría presentarse acompañado de un supuesto “fuerte”. Efectivamente, solamente sería débil si es que la autoridad judicial final ejerce su poder de decir “la última palabra” pero dentro de los márgenes permitidos por las normas jurídicas que está llamada a controlar. Y es que, como afirma Iglesias, “este sentido no presupone necesariamente la dificultad en la comprensión del Derecho o la existencia de un margen de autonomía judicial respecto al contenido de la resolución. (...) sólo hace referencia a atribuciones competenciales relativas a quién corresponde declarar, en última instancia, qué es lo que prescribe el Derecho”¹⁶. Por tanto, bien podría pasar que esa autoridad está ante un caso para el que no existe una norma jurídica previa (un genuino supuesto de laguna normativa) o, en virtud precisamente de su posición institucional (nadie puede revocar sus decisiones), estuviera tentada de optar por interpretaciones que escapan a los márgenes “permitidos” por el Derecho positivo. La cuestión es que, en cualquiera de los dos supuestos, se estaría ante un caso de discreción en sentido fuerte. Por tanto, este sentido de discreción resaltado por Dworkin es relativo a –u opera sobre la base

¹⁴ Iglesias Vila, Marisa. Op. Cit., p. 28.

¹⁵ Cfr., Ibid., p. 29.

¹⁶ Ibid., p. 28.

de— los otros dos sentidos de discreción por él diferenciados. Por ello me quedaré tan sólo con el primer y tercer sentidos del término discreción¹⁷.

Resumiendo, se puede hablar de discreción “débil” cuando el juez adopta una decisión aplicando juiciosamente una norma jurídica preexistente que le fija determinadas pautas o estándares normativos de resolución; y, por el contrario, de discreción “fuerte” cuando, al no haber pautas o estándares normativos preexistente, lo hace aplicando una norma jurídica por él creada. Visto así el panorama, está claro que el primer supuesto no representa ningún inconveniente en términos democráticos ya que el órgano jurisdiccional, de alguna u otra manera, siempre se estaría sometiendo al imperio de la Ley y, como tal, estaría imponiendo la voluntad de la autoridad legislativa respectiva (ya sea ordinaria, ya sea constitucional) que se presume ha sido previamente manifestada y conocida por todas las personas. Entonces, si se demuestra que los jueces actúan de esa manera, no habría más opción que aceptar que éstos no serían un poder en sentido estricto. Con discreción débil, pues, no habría “Poder Judicial”. Sin embargo, el segundo supuesto sí que establece problemas de justificación en términos democráticos. Aquí el juez no se somete al imperio de la Ley y, como tal, termina imponiendo su propia voluntad, la misma que en ningún caso se puede presumir como previamente manifestada o conocida por todas las personas (las sentencias son ex-post). Es en este supuesto, pues, en el que sería un verdadero “Poder Judicial”. Éste es, entonces, el único sentido de discreción que permitiría calificar a los jueces como un “poder” real y, por tanto, es el que genera problemas en términos democráticos. Pues bien, ¿son los jueces un verdadero Poder Judicial?, es decir, ¿tienen discreción en sentido fuerte?

1.2 Discreción judicial fuerte y la interpretación judicial.

A mi juicio, resolver esta cuestión pasa por determinar qué es lo que hacen —o pueden hacer— válidamente los jueces al momento de cumplir con sus funciones; asunto que invariablemente reconduce el problema de la discreción judicial a la no menos problemática cuestión de la interpretación judicial. En efecto, tal como se ha dicho, para la concepción clásica de la democracia, la función de los jueces es la de resolver

¹⁷ No cabe duda de que podría cuestionarse la relevancia de esta distinción planteada por Dworkin. Por mi parte, adopto la misma porque me parece útil a los efectos de clasificar las distintas posiciones sobre la materia y, sobre todo, de caracterizarlas en términos de “poder” (la posibilidad de imponer la propia voluntad). Pero, y esto también es importante, hay que resaltar que esta distinción presupone que el Derecho preexiste al fallo judicial y, sobre todo, que determina objetivamente —es decir, al margen de las valoraciones subjetivas del propio juez— si existe o no un estándar jurídico que efectivamente regule el caso que está en cuestión... y éste es un presupuesto que no es compartido por todos los planteamientos que se estudiarán en este apartado, en especial por la llamada escuela realista americana. Así, pues, es posible argumentar que si al final no hay una regla o principio jurídico que le diga al juez cuándo está ante un caso que requiere discreción débil y cuándo discreción fuerte, entonces en última instancia terminará siendo un caso de discreción fuerte determinar si está ante un supuesto cuya respuesta está prevista en alguna regla o principio que le es de observancia obligatoria o, por el contrario, si está ante un supuesto cuya respuesta no está prevista en ninguna regla o principio jurídico. Y dado que no hay regla o principio que guíe esta decisión, entonces la misma quedará al leal saber y entender del juez y ello, como se dijo, implica un supuesto de discreción fuerte en la propia terminología de Dworkin.

controversias pero sólo según las pautas normativas establecidas en el Derecho preexistente. Es decir, el juez soluciona conflictos, pero no según su propio criterio, sino de acuerdo con el previsto en las normas jurídicas democráticamente producidas. Los órganos judiciales, pues, tan sólo deben “aplicar el Derecho” existente al caso concreto que se les presenta o, lo que es lo mismo, adoptar su decisión (el fallo) sobre la base de lo señalado en alguna norma jurídica emitida por el legislador (ya sea constitucional, ya sea ordinario)¹⁸. Si ello es así, en esta concepción, se asume que éstos “conocen” el Derecho o, al menos, que están en aptitud de conocerlo. Y es que, ¿cómo podrían aplicar el Derecho a un caso concreto si es que no saben qué es lo dispuesto por el mismo? Tomar conocimiento, entonces, de aquello que está jurídicamente prohibido o permitido, es fundamental para que los jueces puedan cumplir con su misión. Así, en esta lógica, conocer lo que dicen las normas jurídicas es condición previa y necesaria para poder aplicarlas. Asumiendo que es posible hacer ello¹⁹, la pregunta entonces es ¿cómo lo hacen?, es decir, ¿cómo hacen los jueces para tomar conocimiento de los mandatos contenidos en las normas jurídicas?

Es un dato comprobable empíricamente que el Derecho se expresa a través del lenguaje “ordinario”, es decir, que utiliza los mismos signos lingüísticos que habitualmente usamos los seres humanos para comunicarnos entre nosotros (palabras, frases, oraciones, señales, etc.)²⁰. En ese sentido, al existir un vínculo estrecho entre lenguaje jurídico y lenguaje ordinario, un enunciado jurídico del tipo “el que mata a otro será sancionado a...” no será más que una proposición lingüística por medio de la cual se expresa una norma jurídica sancionatoria que dispone que “aquel que mata a otro debe ser sancionado a...”. Como ello es así, resulta que al igual que las proposiciones lingüísticas, los enunciados jurídicos también poseerán algún “significado” y, como es lógico suponer, ese significado, cualquiera que sea, será el mandato, la prohibición, la obligación, la autorización, etc., exigida por el Derecho. Consecuentemente, determinar el significado de los enunciados jurídicos será necesario para determinar cuál es la norma jurídica que el mismo expresa. Y es, precisamente, en ese momento en donde aparece la “interpretación judicial” como

¹⁸ De acuerdo con Moreso, la expresión “aplicación del Derecho” puede ser entendida de dos formas: (i) como la actividad de decidir un caso de acuerdo con las normas jurídicas que lo integran, o (ii) como el resultado de esa actividad, es decir, el fallo en sí mismo (Cfr. Moreso i Mateos, Josep Joan. *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*. Barcelona: UOC, 2006, pp. 121-122). En adelante, cuando utilice la expresión “aplicar el Derecho” sólo lo haré en el primer sentido señalado por Moreso. Por tanto, diré que un juez está “aplicando el Derecho” si el proceso que sigue para adoptar una decisión está basado en normas jurídicas preexistentes al propio acto de juzgar; es decir, cuando su razonamiento utiliza como premisa mayor una norma jurídica que no ha sido por él inventada.

¹⁹ Como dice Ezquiaga, “el deber judicial de sujeción al Derecho (o de sometimiento “únicamente al imperio de la ley”, como indica el art. 117.1 de la CE) depende, para ser cumplido y exigido, de que sea posible conocerlo, cuestión altamente problemática” (Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. Op. Cit., p. 127). Sobre si es posible o no, es una cuestión que no será abordada en este trabajo de investigación.

²⁰ Cfr. Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell. México: Porrúa, 3ª edición, 2001, p. 57. No está de más precisar que cuando se afirma que el Derecho se expresa a través del lenguaje, no se está queriendo decir que el lenguaje jurídico es el lenguaje ordinario, sino tan sólo que el primero utiliza, se vale, de la función *directiva* o *prescriptiva* del segundo. Al respecto, Cfr. Peces-Barba, Gregorio, Fernández, Eusebio y Asís, Rafael de. *Curso de Teoría del Derecho*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2000, 2da edición, pp. 148-149.

aquel proceso, necesario y problemático, realizado por el juez, por medio del cual se pasa del “enunciado jurídico” (el conjunto ordenado de significantes lingüísticos a través del cual se manifiesta el Derecho) a la “norma jurídica” (el significado que se entiende que expresa el enunciado jurídico); y, por tanto, como aquel paso previo y necesario al proceso de “aplicación del Derecho”.

Efectivamente, que la interpretación jurídica es necesaria y problemática en el proceso de aplicación jurídica, parece ser una cuestión que actualmente no admite discusión. Y es que, como dice Guastini, “el lenguaje natural no está sujeto a reglas semánticas y sintácticas bien definidas. El significado de los enunciados del lenguaje natural, por tanto, es fatalmente indeterminado. De ahí nacen los problemas de la interpretación”²¹. Es un hecho, pues, que en el lenguaje ordinario (o natural), que es el lenguaje que utiliza el Derecho, el significado de las palabras o de los enunciados lingüísticos (semántica), así como la forma en que los signos lingüísticos deben ser ordenados para expresar una idea (sintaxis), no está predeterminado. Al final, todo dependerá de cómo se usen los significantes lingüísticos, el contexto en el que se expresen y, sobre todo, de cómo sean comprendidos los mismos por los receptores, asunto este último que variará en función de sus experiencias, características personales, conocimientos, actitudes, etc. De ahí que no sea difícil aceptar que los “enunciados jurídicos” que expresan “normas jurídicas” están formulados en un lenguaje que, por definición, es indeterminado (aunque, como veremos luego, no es absolutamente indeterminado) y, por tanto, que puede llegar a tener diversos significados en función de las variables señaladas líneas arriba²². Y, precisamente por eso, es que la interpretación es necesaria y problemática. Necesaria porque, como se puede suponer, aplicar una norma jurídica a una situación concreta presupone haber determinado, primero, el significado del enunciado jurídico que supuestamente la contiene (a fin de saber qué se está mandando, prohibiendo, obligando, autorizando, etc.)²³; y problemática porque se le pueden asignar diversos significados a los significantes que utiliza el enunciado para expresarse (sobre todo, del lado de los receptores), haciendo de la misma una actividad compleja²⁴.

²¹ Guastini, Riccardo. Op. Cit., p. 57.

²² Es, precisamente, esta indeterminación estructural del lenguaje jurídico la que exige, en palabras de Guastini, “distinguir cuidadosamente entre los enunciados normativos –las “disposiciones” como se suele decir– y las normas, entendidas como significados: entre las dos cosas, de hecho, no se da un correspondencia bi-unívoca. Muchos enunciados normativos son ambiguos: expresan dos (o más) normas alternativamente. Muchos enunciados normativos (quizás todos los enunciados normativos) tienen un contenido de sentido complejo: expresan y/o implican una pluralidad de normas conjuntamente” (Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Traducción de Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Madrid: Trotta, 2008, p. 32).

²³ Ello sería así porque, según Moreso, “en Derecho, nos interesa determinar el significado de determinados textos para aplicar las reglas generales a casos individuales” (Moreso i Mateos, Josep Joan. Op. Cit., p. 109). Vale decir, si no se determina primero el significado del enunciado jurídico que se cree aplicable, será imposible luego aplicar al caso concreto la norma jurídica que supuestamente el mismo contiene.

²⁴ Como explica Peces-Barba: “El lenguaje jurídico no es sólo un tipo de lenguaje especializado sino que además, se caracteriza por la utilización de términos ambiguos, vagos y emotivos. Esto hace que la interpretación sea una actividad compleja y con fuerte carga valorativa” (Peces-Barba Martínez, Gregorio. Curso de derechos fundamentales. Madrid: UC3M / BOE, 1999, p. 571).

Expuesto así el problema y la necesidad de la interpretación jurídica, como idea básica, se puede decir que la interpretación, en general, viene a ser aquel proceso por medio del cual una persona (el intérprete) determina el significado que expresa o manifiesta un signo o significante lingüístico. Es decir, “interpretar significa pasar del signo [la palabra] (...) a la cosa designada [la idea] (...), esto es, comprender el significado de un signo determinando la cosa que él indica”²⁵. Simplificando, interpretar significa decir: “Y significa Z”. En tal sentido, la interpretación jurídica será aquel proceso por medio del cual el intérprete (el juez, por ejemplo) determina el significado (la norma jurídica) que entiende que expresa el conjunto ordenado de significantes lingüísticos con el que está formulado un texto normativo (el enunciado jurídico)²⁶. Ahora bien, en función del objeto sobre el que recae la interpretación jurídica (los enunciados jurídicos), es usual que se distingan dos conceptos de interpretación: el estricto y el amplio. En sentido estricto, “interpretación se emplea para referirse a la atribución de significado a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación”; es decir, para esta acepción, “interpretación significa en pocas palabras: decisión en torno al significado no de un texto cualquiera en cualquier circunstancia, sino (sólo) de un texto oscuro en una situación dudosa”²⁷. Por el contrario, en sentido amplio, “interpretación se emplea para referirse a cualquier atribución de significado a una formulación normativa, independientemente de dudas o controversias” y, por tanto, en este sentido, “cualquier texto, en cualquier situación, requiere interpretación”²⁸. Para el sentido amplio, pues, “cualquier decisión en torno al significado de un texto, no importa si es “claro” u “oscuro”, constituye interpretación”²⁹.

²⁵ Bobbio, Norberto. *El positivismo jurídico*. Traducción de Rafael De Asís y Andrea Greppi. Madrid: Debate, 1993, p. 216.

²⁶ Cfr. Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Op. Cit., p. 30. En el mismo sentido, Cfr. Moreso i Mateos, Josep Joan. Op. Cit., p. 112. Incluso un autor como Laporta, que acepta gustoso la etiqueta de “formalista” (como veremos más adelante), entiende que interpretar un enunciado jurídico “quiere decir, (...), atribuirle significado”, desde que “un enunciado es una sarta de lexemas” y, como tal, “hemos de conferir significado a esos lexemas y, a través de ellos, al enunciado mismo para poder decir que lo hemos interpretado” (Laporta, Francisco. *El imperio de la ley: una visión actual*. Madrid: Trotta, 2007, p. 178). Se puede decir, entonces, que existe un amplio consenso sobre definir a la interpretación simplemente como aquel proceso por medio del cual se pasa del significante al significado.

²⁷ Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Op. Cit., pp. 3-4. Al sentido estricto de interpretación Comanducci lo denomina “jurídico” que, para él, “designa la asignación de significado a entidades lingüísticas, verbales o escritas, en situaciones en las que se suscitan dudas o discusiones acerca del significado que ha de atribuírseles” y, como tal, “en el ámbito jurídico, (...) designa, principalmente, la atribución de significados a documentos normativos (...) en el caso en que surjan dudas o discusiones acerca de cuál es el significado que debe atribuirse a tales documentos” (Comanducci, Paolo. “La interpretación jurídica”. En: *El realismo jurídico genovés*. Jordi Ferrer Beltrán y Giovanni B. Ratti (editores). Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, p. 53).

²⁸ Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Op. Cit., p. 5. Al sentido amplio de interpretación Comanducci lo denomina “semántico” que, en su opinión, “designa la atribución de significado a entidades lingüísticas de forma verbal o escrita” y, por ende, “en el ámbito jurídico, (...) significa, principalmente, la atribución de significado a documentos normativos (...)” (Comanducci, Paolo. Op. Cit., p. 52).

²⁹ Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Op. Cit., p. 5.

Como se puede apreciar, la diferencia entre ambos conceptos es que mientras que el primero presupone que, en el Derecho, existen enunciados jurídicos, de un lado, “claros y precisos” y, de otro, “oscuros y ambiguos”, siendo estos últimos los únicos que requerirían interpretación (el significado de los primeros estaría claro)³⁰; el segundo entiende que es irrelevante si, en el Derecho, hay formulaciones normativas “claras y precisas” u “oscuras y ambiguas”. Interpretar solamente implicaría atribuir un significado a un enunciado³¹ y ello sucedería siempre ya que, incluso, será la interpretación la que le dirá al intérprete, al momento de realizar esta actividad, si un texto es claro u oscuro³². Como dice Peces-Barba, “cuando no hay duda sobre el significado de una expresión es porque es fácilmente interpretable”³³. Vale decir, un enunciado normativo, al margen de si es claro u oscuro, siempre es interpretable, aunque ciertamente en el primer caso la labor de determinar su significado aparezca, a los ojos del intérprete, como más sencilla³⁴. Por estas razones, considero que el sentido estricto de la interpretación es reconducible al sentido amplio (aunque, como se verá en su momento, este sentido no es compartido por todas las concepciones sobre la interpretación que se estudiarán en este apartado). Por tanto, en mi opinión, la interpretación “jurídica” será el proceso por medio del cual una persona (el intérprete) determina el significado de un enunciado jurídico, ya sea que ante sus ojos se presente como “claro”, ya sea que se le aparezca como “oscuro”. Y si ello es así, entonces no cabe la menor duda de que los jueces, aunque digan lo contrario, siempre interpretan los enunciados normativos que se ponen a su consideración. La interpretación, pues, es el paso previo y necesario al proceso de aplicación normativa³⁵.

En tal sentido, si los jueces y tribunales siempre tienen que interpretar los enunciados jurídicos, entonces resulta que el problema de la discreción judicial será el de determinar si por la interpretación el juez re-produce el Derecho (con lo cual, a lo más, sería un acto discrecional débil) o, en cambio, produce *ex post* uno nuevo (con lo cual sería un acto discrecional fuerte). Y si ello es así, habrá que preguntarse si la

³⁰ Este concepto de interpretación sería expresión de una vieja máxima jurídica que dice “In claris non fit interpretatio” o “Interpretatio cessat in claris” que, como explica Moreso, significa que “cuando un texto normativo está claro, no necesitamos interpretarlo porque podemos seguirlo sin interpretación; la interpretación sólo es necesaria cuando tenemos dudas sobre el significado del texto” (Moreso i Mateos, Josep Joan. Op. Cit., p. 113).

³¹ Como dice Troper: “(...) toda aplicación de un texto (...) implica la previa interpretación de ese texto” (Troper, Michel. *Por una teoría jurídica del Estado*. Op. Cit., p. 274).

³² Cfr. Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Op. Cit., pp. 7-8.

³³ Peces-Barba Martínez, Gregorio. Op. Cit., p. 570.

³⁴ Para Isabel Lifante el sentido amplio y el estricto de la interpretación no son incompatibles si es que se sostiene que (i) en todos los casos, claros u oscuros, siempre será necesario llevar a cabo una actividad interpretativa dirigida a captar el significado *de modo intuitivo* (lo que, para ella, vendría a ser la “interpretación-actividad noética”), pero (ii) no en todos se requerirá efectuar un ejercicio discursivo o argumentativo sino solamente en aquellos en los que existan dudas sobre el significado del texto interpretado (lo que denomina como “interpretación-actividad dianoética”) (Cfr. Lifante Vidal, Isabel. “Un mapa de problemas sobre la interpretación jurídica”. En: *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*. Isabel Lifante Vidal (editora). Lima: Palestra, 2010, pp. 40-41).

³⁵ Aun cuando Moreso, al parecer, se pliega a un concepto estricto de interpretación, al final, terminará diciendo que “la interpretación del derecho es un paso previo necesario para su aplicación. No existe aplicación sin interpretación” (Moreso i Mateos, Josep Joan. Op. Cit., p. 122).

interpretación judicial consiste tan sólo en *descubrir* –o *detectar*– el significado oculto del enunciado jurídico (un acto del *conocimiento*) o, por el contrario, en *asignarle* –o *decidir*– libremente alguno de todos los posibles (un acto de la *voluntad*)³⁶. Pues bien, en la literatura jurídica contemporánea, existen cuatro concepciones o posiciones que pretenden dar respuesta a esa interrogante: (i) la teoría cognitiva que visualiza la interpretación judicial como un acto *puro* del *conocimiento* (los jueces tendría discreción nula o, en todo caso, discreción débil); (ii) la teoría escéptica que, a la inversa, la presenta como un acto *puro* de la *voluntad* (los jueces actuarían siempre con discreción fuerte); (iii) la teoría intermedia (llamada por Guastini como “neo-cognitismo contemporáneo”³⁷) que, mediando entre las dos anteriores, la describe como un acto *a veces* del *conocimiento* y *a veces* de la *voluntad* (los jueces sólo actuarían con discreción fuerte en los supuestos de lagunas normativas); y (iv) la teoría de la determinación mínima del Derecho que, diferenciándose de todas las demás, sostendrá que la interpretación judicial es un acto del conocimiento y de la voluntad *a la vez* (los jueces, primero, actuando a lo más con discreción débil, descubren el abanico de significados que permite el enunciado jurídico y, luego, actuando con discreción fuerte, deciden asignarle alguno de los que caben en dicho marco).

Consecuentemente, adoptar alguna de dichas posiciones –o, eventualmente, defender una propia– será determinante para resolver el problema del carácter de poder de los jueces y tribunales. Y es que, ¿cómo podrían serlo si realmente no pudieran actuar nunca sólo con discreción fuerte? A continuación, se van a presentar los postulados de estos planteamientos (puntos 2 y 3) y, posteriormente, en el punto 4, se estudiarán las críticas que se han hecho a los mismos. Será en ese momento, entonces, en que adoptaré una posición sobre el problema de la interpretación judicial y, por consiguiente, sobre el problema de los alcances de la discreción judicial o, lo que es lo mismo, del poder de los jueces.

2. La negación del carácter de “poder” de los jueces y tribunales: la tesis cognitiva de la interpretación judicial.

En este punto, se van a estudiar las posiciones que, de alguna u otra manera, defienden que el acto de interpretar un enunciado jurídico es un acto cognoscitivo o

³⁶ No debe perderse de vista que, como explica Tarello, “la actividad de atribuir significado a un documento puede consistir tanto en una volición cuanto en una intelección, tanto en un acto de voluntad cuanto en un acto de conocimiento: el operador de la interpretación puede *decidir* atribuir (...) un particular significado; puede *proponer* atribuir (...) un particular significado; puede *detectar* que en el pasado fue dado (...) un particular significado; puede también *prever* que en futuro alguno dará (...) un particular significado; y, puede, naturalmente, hacer más de una estas cosas, y quizás las cuatro. El decidir y el proponer dar a un documento un significado son (...) voliciones. El detectar que al documento fue dado un cierto significado es una intelección, esto es, un acto de conocimiento. También el prever es un acto de conocimiento” (Tarello, Giovanni. *La interpretación de la Ley*. Traducción de Diego Del Vecchi. Lima: Palestra, 2013, p. 80). La clave está en determinar, entonces, si por la interpretación el juez detecta, decide, propone o prevé un significado.

³⁷ Cfr. Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Op. Cit., pp. 40-41.

del conocimiento (o re-productor del Derecho preexistente) y, por tanto, que la labor interpretativa del juez consiste tan sólo en encontrar o en descubrir el significado “oculto” que el mismo contiene. Efectivamente, tal como señala Guastini, la teoría cognitiva “sostiene que la interpretación es una actividad de tipo cognoscitivo: interpretar es verificar (empíricamente) el significado objetivo de los textos normativos o la intención subjetiva de sus autores (típicamente, la autoridad legislativa)”³⁸. Es decir, según esta teoría, la interpretación simplemente tendría por objeto “descubrir”, o bien el significado objetivo que supuestamente expresaría el conjunto ordenado de los signos lingüísticos en los que está formulado el enunciado jurídico, o bien la voluntad subjetiva del órgano político que produjo el texto normativo. La interpretación jurídica, pues, sería un acto puro del “conocimiento”: con ella se persigue descubrir o “tomar conocimiento” de la única norma jurídica que el enunciado jurídico expresa. De esta forma, los enunciados interpretativos (es decir, el producto de la interpretación) tan sólo serían enunciados propios del discurso descriptivo (“describen” el significado de los textos normativos) y, por lo tanto, serían susceptibles de ser verdaderos o falsos³⁹. Dicho en otros términos, para los defensores de este planteamiento sólo existiría una interpretación correcta y/o verdadera: sería aquella que describe el significado real –u objetivo– del enunciado jurídico⁴⁰. Cualquier interpretación distinta sería errónea y/o falsa⁴¹.

Como es fácil de suponer, para la teoría cognitiva, la labor interpretativa del juez aparece como un simple acto del conocimiento y, como tal, éstos tan sólo reproducirían el Derecho existente “ex-ante” (los significados, las normas jurídicas, preexisten al proceso de interpretación). No habría espacio alguno, entonces, para la discrecionalidad judicial en sentido fuerte (el juez no crea el significado, lo descubre). Los jueces, en esta postura, nunca crearían Derecho y, por tanto, no serían un poder verdadero. Son posiciones, pues, negadoras del carácter de poder de los jueces y tribunales. Dos planteamientos son los que se pueden ubicar bajo este rubro. De un lado, está la doctrina clásica sobre la interpretación que, negando que los jueces tengan si quiera discreción en sentido débil, afirma que éstos tan sólo aplicarían las normas emitidas por el legislador, sin siquiera llevar a cabo un juicio de valor. Ésta posición, que podríamos denominar “determinista” o “mecanicista”, fue la defendida por el positivismo clásico o decimonónico. De otro lado, dentro del cognitivismo también pero sin llegar a ser determinista, están aquellos planteamientos contemporáneos que se imaginan la labor de los jueces, en los casos difíciles, como siempre discrecional pero sólo en sentido débil. Aquí se puede ubicar a las posiciones

³⁸ Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Op. Cit., p. 13.

³⁹ Cfr. Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Op. Cit., pp. 13-14.

⁴⁰ En palabras del propio Guastini, “la teoría cognitiva (en sus diversas variantes) –la tesis según la cual los enunciados interpretativos tienen valores de verdad– supone que subsiste para dichos enunciados un persuasivo criterio de verdad. De otra parte, tal criterio es concebible sólo bajo la condición de que los textos normativos interpretados tengan un, y un solo, significado objetivo (preexistente a la interpretación)” (Guastini, Riccardo. “Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación”. Traducción de Diego Moreno Cruz. En: *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*. Op. Cit., pp. 154-155).

⁴¹ Cfr. Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Op. Cit., p. 39.

anti-positivista de Dworkin y post-positivista (o constitucionalista) de Atienza. Para estos autores, la labor de los jueces no sería determinista pero tampoco sería “creacionista”: que los jueces, en los casos difíciles, no apliquen mecánicamente la legislación no significa que no estén aplicando algún estándar normativo previsto en el Derecho, eso sí, adecuadamente entendido.

2.1 La tesis mecanicista o determinista de la interpretación judicial: el juez como un poder “nulo”.

Esta tesis sobre la interpretación judicial, es la que fue defendida por el primer positivismo teórico, es decir, por el positivismo entendido ya no como una forma de aproximación al Derecho (positivismo metodológico), sino como una teoría o una concepción particular sobre el mismo. Este planteamiento, apelando a la tesis que representa la labor de cada juez o tribunal bajo la figura de un “silogismo”, defenderá una concepción mecanicista o determinista de la interpretación judicial, posición que se remontará a los planteamientos de los teóricos de la revolución francesa, en especial, Montesquieu⁴². En efecto, tal como resalta Dorado, entre otras, esta primera versión del positivismo (también llamado “positivismo decimonónico”) defendía la tesis mecanicista de la interpretación judicial, “conforme a la cual la labor del juez puede reducirse a la aplicación mecánica –y por tanto libre de valores– de la ley en la forma de un silogismo”⁴³. De acuerdo con este postulado, el juez únicamente verifica que el caso concreto que se está sometiendo a su conocimiento (la premisa menor) está o no dentro del ámbito de aplicación de la norma jurídica que se está invocando (la premisa mayor), de forma tal que la sentencia es simplemente el resultado de la operación lógica de subsumir la premisa menor en la premisa mayor. Es decir, para el primer positivismo, al efectuar su labor los jueces no tienen ningún grado de discrecionalidad y, por tanto, no crean Derecho, simplemente aplican el preexistente, asunto que se reducirá a la reproducción del Derecho previamente emitido por el órgano legislativo correspondiente. Al parecer, para esta versión del positivismo, el lenguaje del Derecho es plenamente determinado y, por tanto, el significado de los enunciados jurídicos sería fácilmente extraíble⁴⁴. Es, pues, una tesis mecanicista o determinista porque,

⁴² “En la concepción revolucionaria, pero también en la napoleónica, no existe un poder judicial. Juzgar, en efecto, es aplicar la ley a un litigio de manera puramente mecánica. El juez establece un silogismo cuya premisa mayor es la ley; la menor, el hecho y la conclusión, la sentencia. En la medida en que las dos premisas le son dadas al juez, se comprende por qué los hombres del siglo XVIII quieren que el poder de juzgar sea, según la fórmula de Montesquieu, en cierto modo nulo” (Troper, Michel. *Por una teoría jurídica del Estado*. Op. Cit., p. 212).

⁴³ Dorado Porras, Javier. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico: una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 29. De acuerdo con Bobbio, el positivismo clásico o decimonónico “concibe la actividad de la jurisprudencia [la interpretación] no como algo destinado a producir, sino a reproducir el Derecho, es decir, a hacer explícito con medios puramente lógico-racionales el contenido de unas normas jurídicas dadas. (...)” (Bobbio, Norberto. Op. Cit., p. 216).

⁴⁴ Ross describe este planteamiento con los siguientes términos: “La primitiva teoría de la función de la administración de justicia, de naturaleza positivista-mecanicista, ofrecía un cuadro muy simple (...). Se suponía que el motivo era (o debía ser) la obediencia a la ley, es decir, una actitud de acatamiento y respeto hacia el derecho vigente (concebido como voluntad del legislador). Se suponía que las [...] interpretaciones...] consistían en un conocimiento del verdadero significado de la ley y de los hechos probados. (...). Según este cuadro de la administración, el juez no valora ni determina su actitud ante la

como dice Atienza, considera que “se puede juzgar sin decidir”⁴⁵. Y en tanto el juez aparece como un simple re-productor del Derecho emitido por el órgano legislativo, sin hacer si quiera el más mínimo ejercicio de discreción, será un poder “nulo”. No habría, en suma, Poder Judicial.

Esta forma de presentar la labor de los jueces no puede ser entendida si es que no se toman en cuenta sus postulados centrales y las ideas sobre las cuales éstos se apoyan. Como señala Barranco, este planteamiento (que llama el “método jurídico tradicional”) se reduce a cuatro proposiciones: (i) el juez es un mero aplicador del Derecho legislado, (ii) el juez está sometido a los valores expresados en el propio Derecho, (iii) el Derecho es pleno, coherente y claro, y (iv) el legislador es un ser “racional” que tiene la capacidad de prever todas las posibles situaciones y de evitar que en el Derecho hayan normas contradictorias; proposiciones todas ellas que, a su vez, se basan en tres ideas clave: el principio democrático de legitimidad (la voluntad democrática legítima es la del legislador), la desconfianza hacia el juez (carece de legitimidad democrática y, por tanto, su “poder” debe ser nulo) y la creencia en el carácter racional del Derecho (el Derecho encierra en sí la solución a cualquier caso que se presente)⁴⁶. Es decir, la tesis determinista es una explicación sobre la interpretación que, como se puede apreciar fácilmente, es perfectamente compatible con los postulados ideológicos que sustentan la concepción tradicional de la democracia. Y es que no cabe duda que representar la labor de los jueces y tribunales (incluyendo los supremos) como un “silogismo” es la forma más segura de sostener la plena compatibilidad entre el sistema de jueces y el gobierno del pueblo en virtud de la regla de la mayoría⁴⁷. Sólo así el gobierno de la Ley seguiría siendo patrimonio exclusivo del pueblo (o de sus representantes elegidos)⁴⁸.

posibilidad de interpretaciones diferentes. El juez es un autómatas. Se da por sentado que tiene que respetar la ley y su función se limita a un acto puramente racional: comprender el significado de la ley y comparar la descripción de hechos que ésta hace con los hechos del caso que tiene que decidir” (Ross, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Traducción de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: EUDEBA, 5ta edición, 1994, pp. 132-133).

⁴⁵ Atienza, Manuel. “¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?”. Op. Cit., p. 11.

⁴⁶ Cfr. Barranco Avilés, María del Carmen. “Sobre el método jurídico tradicional como ficción”. En: *El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 603-611. En el mismo sentido se pronuncia Peces-Barba que señala que el primer positivismo aparece en un momento histórico (el tránsito a la modernidad) marcado por la defensa del principio del legislador racional y, sobre todo, por la contemplación de la actividad judicial como la boca muda que pronuncia las palabras de la Ley (Cfr. Peces-Barba Martínez, Gregorio. Op. Cit., p. 574).

⁴⁷ Como dice Troper, en referencia a la doctrina mayoritaria en Francia: “(...) se admite después de Montesquieu que juzgar no constituye un poder, porque la función del juez consiste en obtener la conclusión de un silogismo, del cual la ley es la premisa mayor y el hecho la menor. Siendo que la única fuente del derecho es la ley, que es expresión de la voluntad general, debido a que emana del pueblo o de sus representantes, un juez que produjera derecho sería una autoridad antidemocrática. Así, la manera más segura de sostener que el sistema es efectivamente democrático consiste en negar que el juez posea cualquier participación en la producción del derecho. (...)” (Troper, Michel. *Ensayos de teoría constitucional*. Traducción de Bernardo Bolaños. México DF: Fontamara, 2004, p. 128).

⁴⁸ Es por ello que, como explica Guastini, esta forma de presentar la labor judicial es la que “está inscrita, incorporada, en muchas instituciones del Estado moderno: en particular, en la separación de poderes, así como en todos los controles de legitimidad de los actos de los poderes públicos (lo que incluye el control de legitimidad constitucional de las leyes)” (Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Op. Cit., p. 40).

Esta versión del planteamiento cognitivo, hoy por hoy, prácticamente ha sido abandonada⁴⁹. Como se verá luego, los autores positivistas contemporáneos o bien suscriben la tesis intermedia o bien la tesis de la determinación mínima del Derecho y, por tanto, reconocen espacios de discrecionalidad en sentido fuerte a la hora de interpretar los enunciados jurídicos. Curiosamente, ante el abandono de los positivistas de esta forma de entender la función judicial, una variante de la misma es defendida, en la actualidad, por autores “anti-positivistas” como Ronald Dworkin o “post-positivistas” como Manuel Atienza. En efecto, estos importantes autores, sin apartarse de las coordenadas de la teoría cognitiva, defienden que, en tanto los enunciados jurídicos no son plenamente determinados, por la interpretación los jueces sí tienen discreción para fijar los diversos sentidos posibles de un estándar jurídico (es decir, rechazan la tesis mecanicista) pero, y esto es clave, también defenderán la existencia dentro del ordenamiento de una sola respuesta “correcta” para cada caso concreto (Dworkin) o, en todo caso, la presencia de algunas respuestas “más” correctas que otras (Atienza). Es decir, para estos autores, los jueces nunca actúan con discreción fuerte porque, para ellos, siempre hay un estándar normativo pre-existente que resuelve el caso concreto. La tarea de éstos, precisamente, estaría en descubrir –y, luego, aplicar juiciosamente– el sentido correcto de ese estándar.

2.2 La ausencia de casos no regulados y la única respuesta correcta.

Empecemos por Dworkin. Como se sabe, el profesor estadounidense expresa sus puntos de vista en debate con un autor positivista: el profesor inglés H. L. A. Hart. En efecto, a diferencia de éste, Dworkin sostendrá que en el Derecho siempre existe una respuesta correcta para cada caso concreto y, por tanto, que es falsa la tesis positivista de Hart de que en el Derecho hay lagunas normativas (o supuestos no regulados por el sistema jurídico) y de que, en estos casos, el juez tiene discreción fuerte para decidir cómo resolverlos. Es decir, para Dworkin, para todo caso concreto siempre existe una –y sólo una– respuesta correcta, la misma que viene impuesta por el Derecho existente “ex-ante”. El juez, en este planteamiento, nunca crearía sus propios estándares de resolución. El Derecho, pues, siempre se los proveería. Su trabajo consistiría simplemente en “encontrarlos”.

La base de la argumentación de Dworkin está en la noción de “principio”. En ello reside, precisamente, la primera crítica que este autor hace a Hart. Como se verá en su momento, Hart llama “reglas” a las normas jurídicas válidas, es decir, identificables mediante la “regla de reconocimiento” y afirma que hay dos tipos de reglas: las primarias y las secundarias. Las primeras establecen libertades, derechos, deberes, sanciones, etc., mientras que las segundas otorgan facultades de creación, extinción, modificación y/o adjudicación de reglas primarias. Pues bien, de acuerdo con Dworkin,

⁴⁹ Cfr. Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Op. Cit., p. 40; y Moreso i Mateos, Josep Joan. Op. Cit., p. 118.

esta clasificación no permite distinguir las normas primarias del tipo “quien mata a otro será sancionado con una pena privativa de libertad de...” de las normas también primarias del tipo “nadie puede aprovecharse de su propio dolo” (ambas son “primarias” porque establecen derechos, deberes, obligaciones, sanciones, etc.). Aun cuando, por intuición, es posible darse cuenta de que existe una distinción (la primera parece ser mucho más precisa que la segunda), Hart en su obra “El concepto de Derecho” no habla de la misma. Dworkin sí lo hace y señala que mientras que las primeras son “reglas” las segundas son “principios”. ¿Y en qué consiste la diferencia?

Más allá de la mayor o menor indeterminación normativa, Dworkin afirma que la distinción está en un nivel lógico que tiene dos aspectos: (i) mientras que las reglas se aplican en un esquema “todo o nada” (si un caso cae en el supuesto de hecho de una regla válida, ésta se aplica indefectiblemente), los principios se aplican según el “peso relativo” que adquieren en el caso concreto (para saber si son aplicables, primero, es necesario evaluar si colisionan con otros y, luego, decidir juiciosamente cuál prevalece en el caso específico); y (ii) mientras que el conflicto normativo entre reglas se soluciona preguntándose si una deroga o establece una excepción con respecto de la otra (sin importar cuál es más importante para el caso concreto), el conflicto entre principios se soluciona “sopesando” o “ponderando” el valor relativo o la importancia de cada principio en una situación determinada (el más importante en el caso concreto es el que prevalecerá)⁵⁰. Una vez sentado, para Dworkin, que en el Derecho junto a las reglas hay principios⁵¹, aparece el problema de si los mismos son o no obligatorios para los jueces, asunto que será fundamental para determinar si éstos, a pesar de que los principios pueden ser interpretados de muy diversas maneras, tienen discreción fuerte o no.

⁵⁰ Cfr. Dworkin, Ronald. Op. Cit., pp. 74-80. Es necesario añadir dos matices a este planteamiento: (i) no siempre es claro si una norma es un principio o una regla y, por tanto, es una distinción relativa (hay que ver el papel que juegan las normas en cada caso concreto –el aspecto funcional); y (ii) es posible que se presenten no sólo conflictos regla-regla y principio-principio sino también regla-principio. ¿Prevalece siempre la regla por específica o el principio por tener mayor peso relativo? Dworkin explica que estos casos se resuelven mediante el esquema de colisión entre principios, aunque en este supuesto la ponderación no se hace entre la regla y el principio sino entre éste y el principio en el que se apoya la regla (Cfr. Rodríguez, César. “Teoría del derecho y decisión judicial: en torno al debate entre H.L.A. Hart y R. Dworkin”. En: *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*. Bulloch, Penélope y Raz, Joseph (editores). Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de los Andes, 1997, pp. 52-53).

⁵¹ La distinción entre reglas y principios, que está completamente asentada en la teoría del Derecho contemporánea, ha sido ampliamente desarrollada por otros autores. Por ejemplo, Robert Alexy sostiene que las reglas son mandatos *definitivos*, mientras que los principios tan sólo son mandatos de *optimización* (Cfr. Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 86-87). Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, por su parte, adoptando un enfoque estructural y funcional, han señalado –acertadamente me parece– que mientras que las reglas tendrían *estructura cerrada* y serían *razones excluyentes* para la acción, los principios tendrían *estructura abierta* y operarían en el razonamiento jurídico como *razones no concluyentes* (Cfr. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 2005, 3ra edición, pp. 34-36). Aun cuando no se va a profundizar en esta distinción, en el punto 3.2.2.3 del capítulo III, se retomará el planteamiento de Atienza y Ruiz Manero a fin de explicitar los “costos de la decisión” que están presentes al operar tanto con reglas como con principios.

Y es que, como Dworkin señala: “Da lo mismo decir que cuando un juez se queda sin normas [reglas] tiene discreción, en el sentido de que no está limitado por estándar alguno procedente de la autoridad jurídica [discreción fuerte], que decir que los estándares jurídicos que citan los jueces, y que no son normas [los principios], no son obligatorios para ellos”⁵². Es decir, Dworkin pone de manifiesto el problema de la discreción fuerte en relación con los principios utilizados por los jueces en sus resoluciones: si los jueces cuando no hay reglas se las inventan pero apoyándose en un principio, y se dice que han creado Derecho, entonces no cabe más que afirmar también que ese principio no era para él jurídicamente obligatorio. Pero si se dice que sí lo era, entonces lógicamente se tiene que decir también que al aplicarlo el juez no creo nada que no estuviera ya previsto en el Derecho entendido, eso sí, como el conjunto de reglas y principios. En tal sentido, en la lógica de Dworkin, si se afirma que los principios son jurídicamente obligatorios, entonces negamos la tesis de la discreción judicial en sentido fuerte y, evidentemente, Dworkin opinará que sí lo son. ¿Cuáles son las razones que da para sostener esta posición?

Para tratar de demostrar que los “principios” son obligatorios, Dworkin ofrece los siguientes argumentos:

- (i) Primero, sostendrá que los juristas, cuando un juez no utiliza los principios ante un caso difícil, no se limitan a señalar que éste no ha tenido en cuenta consideraciones a las que otros jueces habitualmente prestan atención (como diría un positivista) sino que, por el contrario, afirman tajantemente que éste tenía el “deber” de utilizarlos y que el demandante tenía “derecho” a que así lo hiciera, razonando exactamente del mismo modo que lo harían cuando los órganos judiciales dejan de aplicar una regla determinada⁵³. Y ello porque, “cuando decimos que una norma es obligatoria para un juez, eso no significa otra cosa sino que debe seguirla si viene al caso, y que si no lo hace, habrá cometido por ello un error”⁵⁴.
- (ii) En segundo lugar, afirmará que el hecho de que los principios no determinen el resultado de un conflicto como lo hacen las reglas (los primeros se aplican según “su peso relativo” y las segundas al estilo “todo o nada”), no supone que el juez tenga frente a los primeros un mayor grado de discreción que frente a los segundos. Y es que, para Dworkin, si un juez, luego de hacer la ponderación correspondiente, cree que un principio le es obligatorio, entonces está obligado a fallar según el mismo, exactamente del mismo modo que lo hace cuando sigue lo dispuesto por una regla que él cree que le es obligatoria⁵⁵.
- (iii) Finalmente, sostendrá que el hecho de que los jueces puedan diferir en torno a lo que un principio manda o exige, no supone una diferencia sustancial con lo

⁵² Dworkin, Ronald. Op. Cit., pp. 87-88.

⁵³ Cfr. Ibid., pp. 88-89.

⁵⁴ Ibid., p. 88.

⁵⁵ Cfr. Ibid., p. 89.

que sucede con las reglas ya que, tanto frente a éstas como a aquéllos, “está obligado a llegar a entender, de manera discutible o no, qué es lo que le exigen sus órdenes, o las reglas, y a actuar de acuerdo con tal interpretación”⁵⁶. Es decir, que los jueces puedan interpretar de diversas maneras qué es lo que los principios les exigen, sólo significa que, al igual que lo que sucede con las reglas, tiene un margen de discernimiento para determinar qué es lo que éstos les exigen para, de esta forma, poder cumplir con ellos. En la lógica de Dworkin, que se pueda interpretar ese estándar (a los efectos de determinar su significado), no quiere decir que no existe dicho estándar o que, luego de ser interpretado, no se cumple con el mismo.

De esta forma, Dworkin quiere decir que las reglas imponen el mismo grado de obligatoriedad que los principios y, por tanto, que no hay razones para negar a estos últimos el carácter de “jurídicos”. Para Dworkin, si un juez no tiene discreción en sentido fuerte cuando decide conforme a las reglas que él cree que le son obligatorias, entonces ¿por qué sí tendría que tenerla cuando decide según los principios que él cree que le son obligatorios? Es por ello que dirá que “a no ser que se reconozca que por lo menos algunos principios son obligatorios para los jueces y que exigen de ellos, como grupo, que tomen determinadas decisiones, tampoco se puede decir que alguna norma –o, en todo caso, muy pocas– sea obligatoria para ellos”⁵⁷. Es decir, según él, o bien afirmamos que tanto reglas como principios son obligatorios, o bien afirmamos que ninguno lo es. ¿Qué dice Dworkin? Claramente afirmará que si las reglas, para los jueces, son obligatorias es porque detrás de ellas hay principios que las apoyan, convirtiéndose los mismos, por tanto, en obligatorios también.

Efectivamente, él observa que es usual que las reglas sean sometidas a interpretaciones y reinterpretaciones por parte de los jueces, llegando incluso a llevarse a la práctica sentidos de las mismas contrarios a la “voluntad del legislador” (algo que la primera versión del positivismo no reconoce). Si un juez puede cambiar las reglas establecidas, entonces –dirá– es lógico pensar que las mismas no son obligatorias y, por tanto, que no son Derecho según el modelo positivista. Pero éstas, para los positivistas, sí son Derecho, entonces –se preguntará– ¿cómo se justifica que un juez pueda alterar o anular una regla establecida? Para Dworkin, sólo puede hacerse realizando el siguiente razonamiento en el que la apelación a los principios está muy presente: el juez, primero, debe considerar que el cambio favorece a algún principio que él no es libre de ignorar (y que será, de esta forma, el que justifica dicho cambio); aunque, como segundo paso, también tendrá que tener en cuenta –y sopesar– algunos principios importantes que tampoco es libre de ignorar y que

⁵⁶ Dworkin, Ronald. Op. Cit., p. 90.

⁵⁷ *Ibidem*.

desaconsejan hacer ello, tales como la “supremacía legislativa”, el seguimiento del “precedente”, el valor y la eficiencia de la “coherencia”, etc.⁵⁸.

Es así como, para Dworkin, tanto para conservar como para modificar el sentido de una regla que los jueces consideran que le es obligatoria, éstos recurren al apoyo de ciertos principios que ellos también consideran que no son libres de ignorar. Y, para Dworkin, “cualquiera de estas implicaciones [la conservación o la modificación del sentido de una regla], por supuesto, trata a un cuerpo de principios y de directrices como si fuera derecho, en el sentido en que lo son las normas: como estándares que obligan a los funcionarios de una comunidad, controlando sus decisiones de derecho y obligación jurídica”⁵⁹. Sentado, entonces, que para Dworkin en el Derecho al lado de las reglas hay principios que son tan obligatorios como las primeras, ¿qué efectos tiene esto en la estructura y funcionamiento del Derecho? Sobre la base de la presencia de reglas y de principios obligatorios, este autor construye su Teoría del Derecho denominada “Derecho como integridad” que, sintetizando, supone afirmar que el Derecho contiene no sólo los derechos y deberes expresamente positivizados, sino también “the scheme of principles necessary to justify them”⁶⁰.

Efectivamente, para este autor, todo Derecho positivo presupone una determinada moralidad política que le da justificación y consistencia. Es decir, todo Derecho “institucionaliza” una determinada “Moral”⁶¹, la misma que se expresa a través de los principios morales que son invocados por los tribunales para resolver casos difíciles. Pues bien, esa Moral que está detrás del Derecho positivo es la que se desprende de la armonización coherente de los valores de justicia, equidad y debido proceso⁶² y, con relación a la misma, es que el sentido de las reglas se debe formular, interpretar y aplicar, dándole al Derecho existente, de esta forma, un esquema único o “integral” de

⁵⁸ Cfr. Dworkin, Ronald. Op. Cit., pp. 90-92.

⁵⁹ Ibid., p. 92.

⁶⁰ Dworkin, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 227. Es necesario recordar que, como explica Delgado, “Dworkin denomina “Derecho como integridad” a su propia teoría jurídica, a la que confronta con otras dos teorías generales del Derecho que titula “convencionalismo” y “pragmatismo” respectivamente. La tres son teorías interpretativas, pues, a su juicio, toda teoría jurídica fructífera ha de ser interpretativa. Son, por tanto, interpretaciones generales de la práctica jurídica, la parte inicial, más genérica y abstracta de cualquier interpretación más concreta y particularizada llevada a cabo por alguno de los actores que participan en dicha práctica. Y, como toda interpretación, han de ser valoradas, en primer lugar, según el grado en que se ajusten o concuerden con la práctica, es decir, según su mayor o menor poder explicativo de la misma; y, en segundo lugar, según su capacidad para justificar dicha práctica, para presentarla en su mejor luz” (Delgado Pinto, José. “La noción de integridad en la teoría del derecho de R. Dworkin: análisis y valoración”. En: *Derechos y Libertades*, Año 7, N° 11, 2002, pp. 16-17).

⁶¹ Es conveniente resaltar que, en Dworkin, no cualquier moralidad es la que forma parte del Derecho existente. La moralidad que integra el Derecho es aquella que explica y justifica las instituciones existentes en el Derecho positivo. Es, pues, la “moralidad institucionalizada”. Por tanto, queda fuera del Derecho lo que se conoce como “moralidad crítica o justa”. En suma, hay conexión entre Derecho y moralidad institucionalizada pero hay separación entre Derecho y moralidad crítica. Es por esto que, aun cuando Dworkin no es positivista, tampoco se puede decir que es “iusnaturalista”. Es “no-positivista” (Cfr. Delgado Pinto, José. Op. Cit., p. 36).

⁶² Como explica Delgado, en la teoría del Derecho de Dworkin, “el valor de la integridad está conectado, (...) con los valores morales de la justicia, la equidad y el debido proceso, sin confundirse con ninguno de ellos” (Delgado Pinto, José. Op. Cit., p. 24).

justicia, equidad y debido proceso⁶³. Y, en tanto esa moralidad política (que no tiene que ser la “más” justa) le da “coherencia” al Derecho, entonces –de acuerdo con Dworkin– la misma forma parte también del sistema jurídico y, por tanto, se puede recurrir a ella para resolver casos en los que no hay una regla positiva expresa. Esos serían, pues, los principios obligatorios a los que el juez tendría que recurrir para resolver un caso difícil.

Ello sería así porque, siguiendo la lógica de Dworkin, incluso los casos para los que sí habría una regla expresa, se resolverían aplicando la moral institucionalizada (la regla es expresión de ésta). Entonces, de acuerdo con este razonamiento, no habría ninguna razón para no ir directamente a la fuente “última” del sistema en caso no exista una regla expresa ya que, sea como fuere, todos los casos se resuelven de conformidad con los principios de moralidad política institucionalizados⁶⁴. ¿Y qué consecuencias se derivan de la concepción del Derecho como integridad en la labor de los jueces? Según esta concepción, para Dworkin, los jueces deben comportarse al igual que los miembros de una “cadena de novelistas” que están haciendo una “novela” *como si fuera* producto de un único autor (y no de muchas manos sucesivas) y, por tanto, que lo hacen con el material a) que les ha sido dejado por sus predecesores, b) que ellos mismos incorporarán y c) que sus sucesores querrán añadir⁶⁵. Según este símil, el trabajo de cada novelista presenta dos momentos o dimensiones: (i) la del *encaje*, en la que debe verificar cuáles son las interpretaciones que, por explicar lo hecho antes, fluyen del propio texto; y (ii) la de la *incorporación*, en la que debe optar por añadir a la novela, como su contribución a la historia, aquella interpretación que hace que el trabajo en progreso sea mejor⁶⁶. ¿Y qué supone esto para la labor judicial?

Para Dworkin, la noción de Derecho como integridad, de conformidad con dicho símil, exige a los jueces verse a sí mismos como autores de la “cadena del Derecho” y, como tal, a sus propias decisiones *como parte de* una única larga historia –la del Derecho de la comunidad–, que deben interpretar (la primera dimensión) y continuar (la segunda dimensión) de la mejor manera posible, no según parámetros estéticos (como los novelistas) sino a la luz de los principios de moralidad política (esto es, los

⁶³ Como señala el propio Dworkin, “according to law as integrity, propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness, and procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community’s legal practice” (Dworkin, Ronald. *Law’s empire*. Op. Cit., p. 225). De estos principios de moralidad política, como destaca Delgado, los valores de justicia y de equidad son los más importantes en la posición de Dworkin. Por la justicia, Dworkin entiende “al resultado de la actividad de los poderes públicos en la distribución de recursos materiales, oportunidades y libertades, y requiere una distribución moralmente correcta”, mientras que “la equidad, por su parte, tiene que ver con la recta estructuración y distribución del poder político en la comunidad a través de la determinación de los métodos para la elección de los gobernantes y funcionarios, del diseño de las competencias de los distintos órganos y de la responsabilidad de los mismos, etc.” (Delgado Pinto, José. Op. Cit., p. 24).

⁶⁴ Para una explicación detallada de la noción del “Derecho como integridad”, Cfr. Delgado Pinto, José. Op. Cit., pp. 15-43.

⁶⁵ Cfr. Dworkin, Ronald. *Law’s empire*. Op. Cit., pp. 228-229.

⁶⁶ Cfr. *Ibid.*, pp. 230-231.

valores de justicia, equidad y debido proceso)⁶⁷. Esto quiere decir, entonces, que los jueces en sus pronunciamientos deben ser “coherentes”, para ser parte de esa larga historia llamada Derecho, no con las soluciones anteriores (o jurisprudencia), sino con los principios de moralidad política que subyacen al ordenamiento (los valores de justicia, equidad y debido proceso). En tal sentido, la noción de “Derecho como integridad” exigirá a los jueces, según Dworkin, asumir que el Derecho está conformado por un conjunto coherente de principios sobre la justicia, la equidad y el debido proceso y, como tal, les pedirá *hacerlos cumplir* en todos los casos que se les presenten, de forma que toda situación personal sea evaluada bajo los mismos paradigmas jurídicos y, por tanto, que la historia del Derecho continúe según su mejor versión⁶⁸.

Por tanto, la actitud del Juez debe ser activista ya que está llamado a *descubrir* qué es lo que exigen esos principios en el caso concreto (y no ceñirse simplemente a lo que las reglas expresas disponen). La cuestión está en que, en este esquema, el juez aún cuando es activista no crea Derecho: sólo aplica los principios de moralidad política que le dan coherencia al ordenamiento jurídico (no sigue sus propias convicciones) y que, por tanto, forman parte del Derecho existente, motivo por el cual le son obligatorios. Es decir, el juez no tendría nunca discreción fuerte ya que, en la lógica de Dworkin, estaría totalmente limitado por los principios de justicia, equidad y debido proceso que subyacen al ordenamiento positivo y que éste tiene la obligación de aplicar⁶⁹. En simple, no tendría discreción fuerte porque siempre habría un estándar normativo preexistente que le ofrece una respuesta para el caso que está en sus manos⁷⁰. De esta forma, pues, el juez debe actuar como si en el Derecho preexistente hubiera siempre una solución –y sólo una– para todos los casos (presentes y futuros): si no hay reglas positivas hay principios de los cuales, vía la interpretación, puede deducir reglas generales aplicables a aquel caso concreto que no puede ser resuelto aplicando una regla general explícita. El único requisito es que justifique la existencia de la regla deducida como coherente con la concepción de justicia, equidad y debido proceso que subyace al ordenamiento que debe aplicar.

Y, precisamente, el significado que mejor se ajuste o que sea más coherente con esa concepción de Derecho como integridad será, pues, la respuesta correcta que el Derecho establece para el caso concreto. En resumen, si no hay reglas expresas entonces se recurre a los principios subyacentes al Derecho y se resuelve conforme a

⁶⁷ Cfr. Dworkin, Ronald. *Law's empire*. Op. Cit., pp. 238-239.

⁶⁸ Cfr. Ibid., p. 243.

⁶⁹ Precisamente, esa es la función que cumple la dimensión del encaje: “convictions about fit will provide a rough threshold requirement that an interpretation of some part of the law must meet if it is to be eligible at all. Any plausible working theory would disqualify an interpretation of our own law the denied legislative competence or supremacy outright or that claimed a general principle of private law requiring the rich to share their wealth with the poor. That threshold will eliminate interpretations that some judges would otherwise prefer, so the brute facts of legal history will in this way limit then role any judge's personal convictions of justice can play in his decisions” (Dworkin, Ronald. *Law's empire*. Op. Cit., p. 255).

⁷⁰ Cfr. Delgado Pinto, José. Op. Cit., pp. 22-23.

ellos. El juez, pues, no crea nunca Derecho⁷¹. ¿Y qué sucede si las exigencias derivadas, por ejemplo, de los principios de justicia y de equidad son contradictorias entre sí⁷²?, ¿no tendría el juez discreción fuerte para optar por alguna de ellas? Al parecer, en la teoría de Dworkin esto no sería un obstáculo para encontrar la única respuesta correcta ya que, al manejar una concepción “holística” del Derecho, siempre habría una solución armónica para los conflictos entre principios morales⁷³. No debe olvidarse que, ya en la dimensión de la incorporación, el juez debe elegir entre las interpretaciones posibles de la práctica jurídica preguntándose, a la luz de los principios de moralidad política del Derecho, cuál de todas muestra la estructura y decisiones de dicha práctica de la *mejor manera posible*⁷⁴, lo que presupone que los principios de moralidad política siempre pueden ser armonizados entre sí. Por lo tanto, dado que incluso en estos supuestos habría una solución “correcta” y obligatoria, los jueces nunca tendrían libertad para fallar en una u otra dirección. No tendrían, pues, discreción fuerte.

Por lo demás, y ya para terminar, no se debe olvidar que, para Dworkin, la tesis de Hart sobre la discreción judicial en sentido fuerte no sólo es falsa sino que además es peligrosa. Efectivamente, para este autor, hay dos razones que indican que el juez no debe legislar: “(...) una comunidad debe ser gobernada por hombres y mujeres elegidos por la mayoría y responsables ante ella. Como los jueces, en su mayoría, no son electos, y como en la práctica no son responsables ante el electorado de la manera que lo son los legisladores, el que los jueces legislen parece comprometer esa proposición. La segunda objeción expresa que si un juez legisla y aplica retroactivamente la ley al caso que tiene entre manos, entonces la parte perdedora será castigada no por haber infringido algún deber que tenía, sino un deber nuevo creado después del hecho”⁷⁵. Es decir, la tesis positivista de la discreción fuerte sería peligrosa porque presupone, primero, que un sujeto que no cuenta con legitimidad democrática se arroga facultades para gobernar y, segundo, que lo hace además “ex-post facto”, vulnerándose de esta forma el principio democrático de la separación de poderes y, sobre todo, la seguridad jurídica (el Derecho creado por el Juez se estaría aplicando de forma retroactiva). Sin embargo, de acuerdo con Dworkin, estas razones (la democracia y la certeza) no se ven comprometidas por las decisiones judiciales basadas en argumentos de principios.

⁷¹ Cfr. Delgado Pinto, José. Op. Cit., p. 34.

⁷² Como resalta Delgado “equidad y justicia son hasta cierto punto independientes una de otra; por eso es por lo que puede ocurrir que estructuras políticas que consideramos legítimas, es decir, ajustadas a las exigencias de la equidad, adopten decisiones injustas; y, en sentido contrario, que poderes ilegítimos puedan adoptar decisiones justas” (Ibid., p. 27).

⁷³ Cfr. Hart, H. L. A. “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”. Traducción de José Juan Moreso y Pablo Eugenio Navarro. En: *El ámbito de la jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Pompeu Casanovas y José Juan Moreso (editores). Barcelona: Crítica, 1994, pp. 341-342.

⁷⁴ Cfr. Dworkin, Ronald. *Law's empire*. Op. Cit., p. 256.

⁷⁵ Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Op. Cit., p. 150.

Efectivamente, para saber si un juez está legislando (cosa que no debe hacer), Dworkin introduce la distinción entre “argumentos políticos” y “argumentos de principio”. Para él, mientras que los primeros “justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad como un todo”, los segundos “justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho, individual o del grupo”⁷⁶. Pues bien, Dworkin argumentará que las decisiones judiciales, aun en los casos difíciles, “son y deben ser, de manera característica, generadas por principio, no por directrices políticas”⁷⁷ y, por tanto, aun cuando las decisiones judiciales son siempre decisiones políticas en sentido amplio⁷⁸, no supondrá que el juez está legislando (ello sólo ocurriría si utiliza argumentos políticos). Ello es así porque, de un lado, el juez, al estar aislado de las exigencias políticas de la mayoría, está en una mejor posición para evaluar si se han respetado o no los derechos individuales del demandante amparados en un principio (el derecho en cuestión puede ir en contra de los intereses de la mayoría)⁷⁹; y, de otro, porque imponerle al demandado un deber deducido de un principio: (i) no es más injusto que rechazar la petición del demandante, (ii) no supone tomarlo por sorpresa si es que era obvio e indiscutible que el demandante tenía el derecho correspondiente, y (iii) si el caso era dudoso, tan sólo supone que considerados todos los factores el argumento del demandante era más fuerte y, por tanto, que éste estaba más justificado en sus expectativas⁸⁰. Ya no es sólo que los principios existen y son obligatorios para los jueces, sino que además son útiles para salvaguardar valores tan importantes como la democracia y la seguridad jurídica.

2.3 El Derecho como una “práctica social” y el papel de la analogía, en los casos difíciles, como método jurídico-racional de “integración”.

Otra posición, en torno a la función judicial, calificable también de cognoscitivista, es la defendida en la actualidad, desde una visión “postpositivista” o “constitucionalista”, por el profesor español Manuel Atienza. Éste, al igual que Dworkin, sostendrá que en el Derecho además de reglas hay principios de índole moral, que los jueces en los casos difíciles están compelidos a fallar según los mismos y, por tanto, que es falso que éstos cuenten con discrecionalidad en sentido fuerte⁸¹. La diferencia con el profesor estadounidense está en que Atienza, para apoyar sus conclusiones, además pone énfasis en las siguientes cuestiones: (i) en la idea del Derecho adecuadamente entendido como una “práctica social” y (ii) en el rol que juega la analogía como método

⁷⁶ Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Op. Cit., p. 148.

⁷⁷ Ibid., p. 150.

⁷⁸ Cfr. Ibid., p. 155.

⁷⁹ Cfr. Ibid., pp. 151-152.

⁸⁰ Cfr. Ibid., p. 152.

⁸¹ Lo que no supone que Atienza piense que los jueces carecen de cualquier grado de discreción. Como dijo en otro trabajo, “La tarea del juez, sin embargo, es la de decidir sin ser un decisionista: él debe tratar de potenciar al máximo los aspectos cognoscitivos de su práctica, pero sin perder de vista que siempre quedará al menos un resto de voluntad (...)” (Atienza, Manuel. “¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?”. Op. Cit., p. 11).

jurídico-racional de “integración”, en el Derecho preexistente, de los casos no expresamente regulados (los casos difíciles).

Efectivamente, Atienza, al igual que Dworkin, mantiene sus puntos de vista en debate con un autor marcadamente positivista: el profesor argentino Eugenio Bulygin. Así, pues, en contraposición con este último (cuyo planteamiento será estudiado al momento de revisar la tesis intermedia de la interpretación), Atienza sostendrá que es falsa la tesis positivista de la creación judicial de derecho por la sencilla razón –dice él– de que en el Derecho contemporáneo, adecuadamente entendido, no existen lagunas normativas o supuestos jurídicamente no regulados (Atienza, a diferencia de Bulygin, sostiene que la visión del pensamiento jurídico tradicional, negando la existencia de lagunas es básicamente acertada) y, por tanto, que, tal como decía Dworkin, es falso que los jueces actúen en algún momento con discreción fuerte. En palabras del propio Atienza: “Bulygin se equivoca en sus dos afirmaciones fundamentales: no existen lagunas (o, en todo caso, de existir, sería un fenómeno absolutamente excepcional) en el Derecho adecuadamente entendido y los jueces no gozan de discreción en el sentido fuerte de la expresión”⁸².

Explicuemos con más detalle esta posición. Para demostrar su afirmación de que en el Derecho no existen “lagunas normativas”, Atienza dirá lo siguiente: “La afirmación que hace un civilista como Jesús Delgado al respecto me parece plenamente compartible: En un ordenamiento como el nuestro, en el que son fuentes, junto a la ley y la costumbre, los principios generales (1.4 Cc), y en que los “Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido” (art. 1.7 Cc) no hay lagunas. Las de la ley, se colman con la analogía y los principios”⁸³. Es decir, para este autor, no habría lagunas en el Derecho por la sencilla razón de que los jueces siempre deben dar respuesta a los casos que se les presentan, no según lo que su voluntad les indique, sino “ateniéndose al sistema de fuentes establecido”, el mismo que incluiría, junto a la ley y a la costumbre, a los principios generales del Derecho. Dicho de otro modo, dada la variedad de fuentes de lo jurídico existentes, no habría nunca un supuesto para el cual el juez no tuviera una respuesta basada en el Derecho. Esta posición –que hasta el momento no constituye ninguna novedad con respecto a Dworkin– la defenderá aun en contra de los cuestionamientos de Bulygin:

“Frente a ese argumento (que podría sintetizarse así: no hay lagunas, porque hay jueces) Alchourrón y Bulygin objetaban (...) lo siguiente: “¡Esto es exactamente lo mismo que afirmar que un traje no puede tener agujeros porque el sastre siempre puede remendarlos! Como dice Carrió: “No parece serio (...) sostener que no hay lagunas porque los jueces las

⁸² Atienza, Manuel. “Sobre “creación judicial del derecho” de Eugenio Bulygin”. En: Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. *Para una teoría postpositivista del Derecho*. Lima/Bogotá: Palestra/Temis, 2009, p. 215.

⁸³ *Ibid.*, pp. 213-214.

colman". Ahora bien, ese contraargumento, (...), deriva su fuerza de un símil que no hay por qué aceptar. Quiero decir que si pensamos en el Derecho como en un traje (un objeto que, simplemente, está ahí, dado del todo en un momento determinado) entonces, efectivamente, no cabe duda de que los trajes pueden tener agujeros y, paralelamente, los Derechos, lagunas. Pero si nuestra visión del Derecho fuera otra, si lo contempláramos como una empresa, como una actividad, como una práctica, entonces no hay nada raro en decir que los Derechos no tienen lagunas. O sea, si el símil no lo trazamos con el traje, sino con la empresa encargada de confeccionar y de tener los trajes dispuestos para que puedan ser usados en debidas condiciones, entonces parece claro que no puede haber trajes con agujeros en el sentido de que, aunque en algún momento de la actividad de la empresa podrá detectarse la existencia de algún agujero, hay también otro en el que (si es una empresa seria) alguien se ocupará de remendarlo. Lo que acabo de decir puede parecer un mero truco verbal, pero no lo es. Supone que la noción de laguna de Bulygin no es sólo relativa a la de sistema jurídico, sino que depende de una cierta forma de entender el Derecho: como un sistema de normas (exactamente, de reglas) y no como una práctica social"⁸⁴.

Como se puede apreciar, para refutar los cuestionamientos de Bulygin, Atienza recurre a una concepción de "Derecho" distinta a la manejada por el primero: mientras que éste lo ve como un "traje" y al juez como el "sastre" (es decir, un agente externo) que repara sus posibles agujeros (las lagunas), aquél traza el símil del Derecho con la "empresa" (es decir, con la actividad) encargada de confeccionar esos trajes y que, por lo mismo, integra al juez dentro de su cadena de producción (ya no sería un agente externo sino interno al Derecho). De esta forma, Atienza pretende demostrar que el Derecho, antes que un sistema estático de reglas, es una práctica social en la que, dado el papel del juez, no es posible que haya supuestos no regulados o, lo que es lo mismo, para los cuales el Derecho no haya previsto una solución. Por supuesto, esta comprensión del Derecho como "práctica" sólo elimina la discreción del juez en sentido fuerte si es que se entiende que ese "funcionario" de la empresa llamada "Derecho" cumple sus funciones, no según su libre albedrío, sino de acuerdo con determinadas pautas internas al propio Derecho. ¿Existen, pues, esas pautas?

De acuerdo con Atienza, sin duda alguna. Y es que, en su planteamiento, una concepción adecuada del Derecho exige visualizar al mismo según tres características: (i) el Derecho no es simplemente un conjunto de reglas, sino de reglas y principios (tal como dice Dworkin); (ii) en las normas puede distinguirse un aspecto directivo y otro justificativo y, como tal, no importa sólo lo establecido como obligatorio, prohibido o permitido, sino también las razones subyacentes para ello (tal como

⁸⁴ Atienza, Manuel. "Sobre "creación judicial del derecho" de Eugenio Bulygin". Op. Cit., pp. 214-215.

sostiene Dworkin); y (iii) el Derecho no es sólo un sistema estático o rígido de normas, sino también –y, sobre todo, habría que agregar– una práctica⁸⁵. Será, pues, la conjunción de estos tres elementos los que, en la lógica de Atienza, determinarán que en el Derecho entendido adecuadamente como una práctica social no existan nunca lagunas normativas, aun cuando podrían no existir reglas explícitas que regulen un caso individual concreto. Ello sería así porque, para este autor, el Derecho no sólo serían las reglas generales regulatorias de conductas sino también, si es que no se entiende mal la concepción de Derecho que propone, los mecanismos instituidos por el propio Derecho (el recurso a los principios justificativos del ordenamiento, por ejemplo) para que, en el día a día, en la práctica, el juez colme la posible ausencia de reglas y, de esta forma, no haya caso particular para el cual no haya solución prevista desde el Derecho.

Visto así el planteamiento de Atienza, el símil que –siguiendo su lógica– graficaría mejor la realidad del Derecho sería el siguiente: el Derecho sería como una empresa cuya actividad principal y permanente (es decir, su práctica) consiste en producir “reglas generales” (los trajes) que resuelvan los casos reales y, muy importante, cuyos estándares de calidad serían ciertos “principios y valores” que rigen todo el proceso productivo. El mecanismo de producción sería el siguiente: existiría un obrero llamado “legislador” que produce “reglas generales” (los trajes) y, a la vez, un supervisor o un inspector de calidad llamado “juez” (el sastre) cuya función consistirá en verificar que no haya fallas en las reglas según los estándares de calidad señalados... y, si las hay, las repara emitiendo la regla general correspondiente que solucione el fallo detectado (es decir, colma lagunas). Así, el resultado final de este procedimiento, de esta actividad permanente llamada “Derecho”, siempre será completo y acabado porque esta empresa siempre resolverá los casos reales que se le presentan. En esta visión, pues, el juez es una pieza más del proceso de producción permanente de Derecho, más no su controlador externo. Y, a criterio de Atienza, de esto se seguirá que los jueces no tienen discreción fuerte porque, ahí donde los positivistas dicen que los jueces crean normas libremente y, por tanto, que pueden fallar tanto en uno como en otro sentido (en los supuestos de lagunas normativas), desde una perspectiva “postpositivista”, habría que dar cuenta de que en verdad lo único que hacen es operar (en tanto “funcionarios” de la empresa llamada Derecho), apoyándose en los principios y valores internos del propio sistema, según las reglas del razonamiento analógico (ésta sería otra novedad en lo que a Dworkin se refiere).

Efectivamente, para negar que los jueces actúan con discreción en sentido fuerte para resolver aquellos casos no previstos en el supuesto de hecho de alguna regla (los llamados “casos difíciles”), Atienza primero, citando a Josep Aguiló, resaltaré que, a diferencia del paradigma positivista legalista, en la visión postpositivista del Derecho “(...) un caso es difícil cuando la solución no proviene directamente de la aplicación de

⁸⁵ Cfr. Atienza, Manuel. “Sobre “creación judicial del derecho” de Eugenio Bulygin”. Op. Cit., pp. 207-208.

una regla del sistema, sino que hay que buscarla como la respuesta a una cuestión práctica que requiere desplegar una intensa actividad deliberativa y justificativa (...). Desde el nuevo paradigma [el postpositivista], la discrecionalidad del sujeto llamado a resolver el caso, el aplicador, no se concibe ya como libertad en el sentido de permitido elegir cualquier opción, sino más bien en el sentido de responsabilidad, de ese tipo especial de deberes que llamamos responsabilidades”⁸⁶. Es decir, según este planteamiento, en los casos no resueltos por las reglas del sistema⁸⁷, la discrecionalidad del juez consiste en la responsabilidad o el deber que éste tiene de “buscar”, “desplegando una intensa actividad deliberativa y justificativa”, la respuesta que el Derecho prevé para el caso difícil sometido a su consideración. Así, pues, en esta lógica, la actividad judicial será básicamente un acto cognoscitivo o del conocimiento, es decir, de “búsqueda” de la respuesta correspondiente, y no de la voluntad o de creación de la misma por parte del juez. Según Atienza, la respuesta está y es deber del juez encontrarla más no crearla.

Pero, ¿dónde tiene que “buscar” esa respuesta ya existente? Para este autor, siguiendo la misma lógica de Dworkin, la respuesta está implícita en el ordenamiento jurídico y es posible deducirla -por ejemplo, de los principios- utilizando criterios racionales que no dependen de la voluntad del juez, con lo cual la discreción de éste queda reducida a demostrar que esa respuesta está contemplada en el Derecho y, como tal, que su decisión es producto de un acto del conocimiento y no de la voluntad. Y es ahí, precisamente, donde aparece la analogía como método racional de decisión -o de integración en el Derecho- que se impone a la voluntad del juzgador: “La defensa, frente a Bulygin, de que los jueces no tienen discrecionalidad en sentido fuerte supone aceptar que existen ciertas reglas (en el sentido de guías racionales) del método jurídico. O, dicho de otra manera, que el uso de la analogía y de los principios (en realidad, no son cosas distintas) supone un procedimiento racional aunque, efectivamente, no consista únicamente en subsumir; (...). También creo que está conectado con ello un aspecto muy importante del planteamiento de Atria: para entender cómo se resuelve el tipo de problemas que se denominan “lagunas” no es adecuado pensar simplemente en términos de creación y aplicación de normas; o, si se quiere: en un cierto sentido existe creación, y en otro sentido, aplicación (...) lo que, por cierto, es una forma de expresar lo que los juristas suelen llamar “integración”⁸⁸.

Para demostrar que los jueces, en los casos difíciles, recurren al razonamiento analógico y que éste no constituye un supuesto de discreción fuerte, sino de

⁸⁶ Atienza, Manuel. “Sobre “creación judicial del derecho” de Eugenio Bulygin”. Op. Cit., p. 216.

⁸⁷ En un trabajo anterior, Atienza definió los “casos fáciles” como aquellos casos en los que “no existe problemas ni con la premisa normativa ni con la fáctica” y los “casos difíciles” como aquellos en los que “existen problemas para fijar la premisa normativa, la premisa fáctica, o ambas” (Atienza, Manuel. “¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?”. Op. Cit., pp. 13-14). Según esta definición, un supuesto de caso difícil sería aquel que no se encuentra resuelto con carácter previo por una norma-regla del sistema; es decir, un caso típico de “laguna normativa” al nivel de las reglas.

⁸⁸ Atienza, Manuel. “Sobre “creación judicial del derecho” de Eugenio Bulygin”. Op. Cit., p. 217.

integración “coherente” dentro del Derecho, Atienza refuta un ejemplo dado por el propio Bulygin como un supuesto donde el juez puede decidir libremente entre amparar o denegar la petición del demandante (dado que no existe una regla expresa que lo obligue a hacer lo uno o lo otro), afirmando que el mismo constituye un caso de analogía y que ésta, a pesar de que puede dar lugar a argumentaciones disímiles u opuestas (una amparando la demanda y otra rechazándola), no da lugar a argumentaciones igualmente “correctas”. Como se verá más adelante con más detalle, Bulygin para justificar sus posiciones razona de la siguiente manera frente al caso, hipotéticamente no regulado, del poseedor adquirente de buena fe, a título oneroso, que obtuvo el bien de un enajenante de mala fe, que es demandado por el legítimo propietario a los efectos de ver restituido su bien: “Según Atria, a pesar de la ausencia de una norma general que regule el caso, el juez debe fallar a favor del poseedor rechazando la demanda, porque el demandado no ha violado ninguna norma; (...). Sin embargo, parece bastante obvio que el juez podría fallar a favor del actor, aduciendo que el actor es el legítimo propietario del inmueble y que no hay ninguna norma que autorice al poseedor a no devolverlo”⁸⁹.

Pues bien, frente a esta argumentación de Bulygin —con la cual quiere demostrar que, en un caso no regulado o difícil, el juez discrecionalmente puede fallar tanto a favor como en contra del demandante—, Atienza dirá que, en verdad, constituye un supuesto de razonamiento por analogía y, sobre todo, que dicha forma de argumentar no opera de forma libre sino que está sujeta a ciertos parámetros de racionalidad que, finalmente, terminarán condicionando su “corrección”: “(...), el argumento (...) [el de Bulygin para amparar la demanda] debe entenderse, me parece a mí, como un argumento por analogía, cuyo esquema sería éste: “el caso C, caracterizado por la propiedades X, Y y Z, no está regulado por ninguna regla específica del sistema; hay una regla que regula un caso, C’, en el que se da una propiedad que también se da en éste (por ejemplo, X: ser legítimo propietario) y que establece la consecuencia S (debe concederse la acción reivindicatoria). Por lo tanto, en el caso C debe ser la consecuencia S”. Ahora bien, parece claro que nadie consideraría que éste es un buen argumento, si no se le añade alguna premisa; exactamente, dos. Una es un principio general del Derecho que viene a decir que los casos que tienen las mismas propiedades esenciales deben ser resueltos de la misma manera. La otra, que la propiedad X (y no las propiedades Y o Z) son las esenciales en los dos casos. Naturalmente, la dificultad de argumentar por analogía estriba en aducir buenas razones a favor de esta segunda premisa y que puedan derrotar a otras posibles razones que pudieran existir para decir que las características esenciales son más bien Y (la buena fe del adquirente) y Z (el título oneroso) y que hay una regla que establece que si se da ese caso (C’), entonces debe ser la consecuencia no-S”⁹⁰.

⁸⁹ Bulygin, Eugenio. “Los jueces ¿crean Derecho?”. En: *La función judicial. Ética y democracia*. Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (compiladores). Barcelona: Gedisa, 2003, p. 34.

⁹⁰ Atienza, Manuel. “Sobre “creación judicial del derecho” de Eugenio Bulygin”. Op. Cit., pp. 218-219.

Como se puede apreciar, la presencia del señalado principio general (que dos casos “esencialmente” iguales, deben recibir la misma respuesta) y la necesidad de demostrar que las características esenciales que asemejan los dos casos son unas y no otras, en el razonamiento de Atienza, vendrían a ser dos factores de “racionalidad” que restringirían la capacidad del juez de decidir “correctamente” entre aceptar o rechazar la demanda. Es por ello que terminará señalando lo siguiente: “A donde quiero ir con todo esto es a mostrar (...) que la posibilidad (como cuestión de hecho) de que, en relación con un mismo caso, C, se propongan argumentaciones que llevan a soluciones opuestas no quiere decir que ambas sean igualmente correctas; (...)”⁹¹. Consecuentemente, en la lógica de Atienza, será la presencia o no de criterios de corrección, lo determinante para evaluar si los jueces, cuando utilizan el razonamiento analógico para colmar lagunas⁹², tienen o no discrecionalidad en sentido fuerte⁹³. ¿Existen, pues, esos criterios de corrección? Atienza dirá que sí: “(...), a mí me parece que esos criterios existen y que de alguna forma se condensan en la idea de coherencia. (...) es esa noción (...) lo que sirve como guía a los juristas cuando argumentan por analogía”⁹⁴ (el subrayado es mío). De todos los rasgos que Atienza le atribuye a dicha idea, tres son los que me interesa resaltar: “1) Coherencia no es lo mismo que consistencia lógica; si se quiere, (...), podría decirse que la coherencia es la consistencia en sentido axiológico. (...). 3) El concepto de coherencia es relativo, en el sentido de una decisión o una norma son coherentes (más o menos coherentes) en relación con un conjunto de principios y valores. (...). 5) De manera parecida a lo que ocurre en una lengua, la analogía es un mecanismo fundamental para innovar el sistema manteniendo sus señas de identidad; ese tipo de “cambio conservador” sólo es posible si está presidido por la idea de coherencia. A ese desarrollo interno del Derecho es precisamente lo que se opone la tesis de la discrecionalidad”⁹⁵.

⁹¹ Atienza, Manuel. “Sobre “creación judicial del derecho” de Eugenio Bulygin”. Op. Cit., p. 219. Es necesario resaltar que Atienza no cree, a diferencia de Dworkin, que haya una y sólo una respuesta correcta para cada caso concreto: “(...), yo no creo (...) que se pueda encontrar –o que exista– siempre una única respuesta correcta para cada caso jurídico. Me parece más bien que, a partir de los criterios de racionalidad práctica generalmente aceptados, pueden justificarse a menudo diversas respuestas que, en consecuencia, habría que considerar correctas” (Atienza, Manuel. “¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?”. Op. Cit., p. 21). Sin embargo, esto no sería contradictorio con lo señalado más arriba ya que, que sea posible presentar diversas respuestas como “correctas”, no significa que las mismas sean necesariamente “igualmente correctas”. Vale decir, es posible sostener que algunas respuestas son “más” correctas que otras.

⁹² Que los jueces utilizan el razonamiento analógico para colmar “lagunas de reglas”, es una idea que Atienza también menciona cuando, en otro trabajo, señala los pasos que –a su criterio– debe seguir la argumentación judicial en los casos difíciles por “insuficiencia de información” (casos donde, por ejemplo, la norma aplicable es una norma que, en principio, no cubre el caso sometido a discusión). En éstos, para Atienza, la resolución del mismo pasa por construir una nueva premisa que “tendrá que consistir en una reformulación de la norma de que se parte, que dé lugar a una nueva norma que resulte ser suficientemente amplia –o suficientemente precisa– como para abarcar el caso sometido a examen”; argumentación que “se puede llamar, en sentido amplio, analógica” (Cfr. Atienza, Manuel. “¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?”. Op. Cit., pp. 16-17).

⁹³ Cfr. Atienza, Manuel. “Sobre “creación judicial del derecho” de Eugenio Bulygin”. Op. Cit., p. 219.

⁹⁴ Ibid., pp. 219-220.

⁹⁵ Ibid., pp. 219-220. En un trabajo ya antiguo, Atienza hablaba también de otros criterios que entran en juego para evaluar si una decisión está “racionalmente” justificada, tales como: (i) la idea de “racionalidad práctica” que exige el respeto, en la fundamentación, de la lógica deductiva, de la consistencia, de la eficiencia o relevancia, de la coherencia, de la generalización y de la sinceridad; (ii) la necesidad de utilizar como premisa mayor del razonamiento deductivo alguna fuente del Derecho de carácter

Resumiendo, lo que quiere decir Atienza es que a través de la analogía se explicita una nueva regla general pero que, para ser correcta, ésta debe ser “coherente” con los principios y valores del sistema (o con la “Moral institucionalizada” de la que habla Dworkin) y, por tanto, podría decirse que esa nueva regla no supone una creación de Derecho sino tan sólo “desarrollo interno” del mismo. Es decir, lo que el juez hace en los casos difíciles es realizar un “cambio conservador” del Derecho existente: a través de la analogía, que para ser correcta debe ser coherente con los principios y valores del ordenamiento, el juez “integra” dentro del ordenamiento jurídico un caso no regulado explícitamente con los casos regulados expresamente. De esta forma, lo que se está queriendo decir es que la nueva regla general habría estado implícita dentro del ordenamiento y que tan sólo habría sido extraída por el juez por medio del razonamiento analógico. Hay que tener en cuenta que este tipo de razonamiento no puede operar si es que no se demuestra que el caso “A”, no regulado expresamente, posee los mismos rasgos esenciales que el caso “B”, regulado expresamente por medio de una regla general, motivo por el cual el primero debe ser resuelto de la misma forma que el segundo: ello sería lo coherente con los principios y valores del sistema. La idea de “coherencia”, pues, será el criterio racional –y, por tanto, independiente de la voluntad del juez– determinante para evaluar la corrección o no de la solución aplicada por el juez para resolver un caso difícil.

Por lo tanto, está claro que, para Atienza, cuando el juez tiene que hacer frente a un supuesto no regulado explícitamente en el sistema de reglas, está obligado a “buscar” la respuesta al mismo dentro del propio Derecho, adecuadamente entendido como una práctica social, donde los principios juegan un rol preponderante; proceso que estará condicionado en su “corrección” por las pautas jurídico-rationales del razonamiento analógico. El juez, pues, en este planteamiento nunca actuará con discreción en sentido fuerte: que tenga discreción para evaluar el sentido de las reglas y principios del sistema o para construir su argumentación según las pautas del razonamiento analógico (discreción en sentido débil), no significa que tiene libertad para determinar –o crear– los estándares jurídicos que guiarán su decisión. Consecuentemente, al ser una posición que maneja una concepción débil de la discreción judicial, no sería posible basar en ella una concepción de los jueces y tribunales como un real “Poder Judicial”. Que los jueces tengan discreción no supondría, en la lógica de Atienza, configurar a los mismos como un “Poder” en sentido estricto: éstos nunca impondrían su propia voluntad⁹⁶.

vinculante; y (iii) la prohibición de utilizar como elemento decisivo de la fundamentación criterios éticos, políticos, etc., no previstos específicamente por el ordenamiento jurídico (Cfr. Atienza, Manuel. “Sobre lo razonable en el derecho”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 27, 1989, pp. 94-95).

⁹⁶ Esta conclusión es plenamente coherente con lo sostenido por el mismo Atienza, en otro trabajo, cuando afirma que “juzgar significa siempre detentar un poder” pero un “poder limitado y por ello también, hasta cierto punto, controlado” (Atienza, Manuel. “¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?”. *Op. Cit.*, pp. 10-11).

3. La afirmación del carácter de “poder” de los jueces y tribunales: las tesis “fuertes” sobre la discreción judicial.

En este punto se van a estudiar aquellos planteamientos que, de alguna u otra forma, defienden –con diferente intensidad, eso sí– la tesis de la discreción judicial “en sentido fuerte”; es decir, que reconocen que la interpretación judicial, si no es toda, constituye al menos en parte un acto de la voluntad o “productor” de Derecho. Dicho de otro modo, son posiciones “fuertes” sobre la discreción judicial porque aceptan que, si no es siempre, hay momentos en los que los jueces adoptan decisiones sin basarse en un estándar normativo preexistente. Son planteamientos, en suma, que con sus respectivas diferencias les reconocen a los jueces y tribunales el carácter de “Poder Judicial”.

A estos efectos, en primer lugar, se va a revisar la posición más extrema de todas, la tesis escéptica del realismo jurídico que, sosteniendo lo contrario a lo dicho por la tesis cognitiva, afirmará que por la interpretación judicial siempre se decide asignar un significado a un enunciado jurídico (éste no se descubre o detecta) y, por tanto, que las normas jurídicas siempre son el resultado de un acto de la voluntad del juez (la interpretación no es un acto del conocimiento). Así, pues, para los autores que se adscriben a este punto de vista (Troper, Tarello y Guastini como se verá más adelante), los jueces siempre actuarían con discreción pero en sentido fuerte. Luego, se estudiará la tesis intermedia de la interpretación judicial que, siendo más moderada que la anterior, sostendrá que si bien hay supuestos en los que los jueces sí producen un significado o un enunciado jurídico, también los hay en los que tan sólo descubren el mismo y, como tal, que las normas jurídicas a veces son el resultado de un acto de la voluntad pero otras lo son sólo del conocimiento. Ésta sería la posición defendida por Hart y Bulygin que, negando la anterior, podría presentarse como aquella que sostiene que los jueces solamente actúan con discreción fuerte en los casos de lagunas normativas (los casos difíciles), supuestos estos últimos que serían marginales, mientras que en la generalidad de los casos tan sólo actuarían, de ser el caso, con discreción débil (los casos fáciles). Finalmente, se analizará el planteamiento más reciente de todos, la tesis de la determinación “mínima” del Derecho, que a diferencia de todos los anteriores, afirmará que por la interpretación los jueces siempre descubren y a la vez asignan un significado a un enunciado jurídico y, por tanto, que las normas jurídicas siempre son el resultado de un acto del conocimiento y de la voluntad.

3.1 La tesis escéptica de la interpretación judicial.

De acuerdo con Guastini, esta postura –que él defiende– “sostiene que la interpretación es una actividad no de conocimiento, sino de valoración y de decisión. Esta teoría se funda sobre la opinión de que no existe algo así como el significado

“propio” de las palabras, ya que toda palabra puede tener el significado que le ha incorporado el emisor, o el que le incorpora el que la usa, y la coincidencia entre uno y otro no está garantizada. Todo texto, (...), puede ser entendido en una pluralidad de modos diversos, y las diversas interpretaciones dependen de las distintas posturas valorativas de los intérpretes⁹⁷. Es decir, esta teoría, tomándose muy en serio el carácter indeterminado del lenguaje ordinario (sería “totalmente indeterminado”), afirmará que la interpretación no es –ni puede ser– un acto de descubrimiento del único significado objetivo que expresa el enunciado jurídico y, mucho menos, de búsqueda de la voluntad subjetiva del legislador (ordinario o constituyente)⁹⁸. En esta tesis, la labor interpretativa es un acto por medio del cual el intérprete, según sus valoraciones personales, procede a darle “un” significado al enunciado jurídico objeto de interpretación. Para la teoría escéptica, a diferencia de la teoría cognitiva, “la interpretación (...) es un acto de voluntad, que consiste no en tomar conocimiento del único significado, sino en decidir “un” significado en el ámbito de los varios significados igualmente posibles”⁹⁹.

Es por ello que, en este planteamiento, las normas jurídicas no preexisten a la interpretación, sino que son el resultado de la misma¹⁰⁰. Y es que, desde este punto de vista, la norma real vendría a ser el enunciado interpretativo emitido por la autoridad competente (el juez) y no el texto normativo interpretado (el emitido por el Parlamento)¹⁰¹. De esto se deduce que, para esta teoría, los enunciados interpretativos no son enunciados del orden descriptivo sino, por el contrario, “prescriptivos” en la medida que proponen conferir a un término o expresión un significado determinado con preferencia sobre otro y, como tal, no es posible calificar un enunciado interpretativo como verdadero o falso (no existiría algo así como la interpretación “correcta”)¹⁰². Para el escepticismo interpretativo, pues, los enunciados interpretativos, las normas jurídicas, carecerían de valores de verdad (o falsedad) con los cuales ser cotejados¹⁰³. En palabras de Guastini, “todo texto normativo es susceptible de interpretaciones diversas, sincrónicamente conflictivas y diacrónicamente variables –los juristas discuten, la jurisprudencia no es uniforme (...)– pero, por otro lado, desafortunadamente, no existe ningún criterio para distinguir entre

⁹⁷ Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Op. Cit., p. 15.

⁹⁸ Cfr. Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Op. Cit., p. 42. Moreso, por su parte, resalta que para los defensores del escepticismo interpretativo: “El significado de los textos normativos no se puede determinar nunca. Los textos normativos están radicalmente indeterminados” (Moreso i Mateos, Josep Joan. Op. Cit., p. 118).

⁹⁹ Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Op. Cit., p. 42.

¹⁰⁰ Como señala Tarello, “lo que se interpreta es el enunciado [jurídico]” y, por tanto, “la prescripción, la norma, resulta el producto de (y no precede como dado a) la interpretación (que es interpretación del enunciado)” (Tarello, Giovanni. “La semántica del néustico. Observaciones sobre la “parte descriptiva” de los enunciados prescriptivos”. En: *El realismo jurídico genovés*. Op. Cit., p. 28).

¹⁰¹ Como explica Barberis, para el escepticismo interpretativo “la interpretación crea el significado de las disposiciones, como si éstas –en ausencia de interpretación– carecieran de significado” (Barberis, Mauro. “El realismo jurídico europeo-continental”. Traducción de Álvaro Núñez Vaquero. En: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. Jorge Luis Fabra Zamora y Álvaro Núñez Vaquero (editores). México DF: UNAM, 2015, Vol. I, p. 238).

¹⁰² Cfr. Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Op. Cit., p. 15.

¹⁰³ Cfr. Guastini, Riccardo. “Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación”. Op. Cit., p. 147.

la interpretación correcta y las incorrectas”¹⁰⁴. Es por ello que tiene razón Moreso cuando sostiene que, para la tesis escéptica –que él no comparte–, “previamente a las decisiones judiciales, no hay ninguna cuestión jurídica que tenga una respuesta correcta”¹⁰⁵.

Esta concepción sobre la interpretación, que es minoritaria en el ámbito de la Teoría del Derecho, en la actualidad es defendida por el profesor francés Michel Troper. Y es que, para él, ni la teoría del silogismo ni el planteamiento de Dworkin son satisfactorios en absoluto. Para este autor, “nunca es verdadero y no puede ser verdadero que la decisión sea sólo la conclusión de un silogismo, cuyas premisas sean independientes del juez”¹⁰⁶. Troper, en primer lugar, recuerda que el lenguaje de los enunciados normativos (ya sea que expresan reglas, ya sea que expresan principios) utiliza expresiones genéricas y, como tal, éstos están dirigidos a regular “clases” de personas, actos, cosas o circunstancias y no a personas, actos, cosas o circunstancias particulares¹⁰⁷. Por ese motivo, dirá, que antes de aplicar una norma jurídica, hay que determinar, de un lado, a qué clase de casos pertenece el que se tiene que juzgar (la premisa menor) y, de otro, cuál es el significado del enunciado jurídico que se quiere aplicar (la premisa mayor). Es decir, para poder resolver una controversia, el juez debe subsumir el caso en una u otra norma –o principio– (como indica la tesis del silogismo) pero, para poder hacer ello, primero debe determinar cuál es la norma –o principio– aplicable (cuál es la premisa mayor) y, luego, cuál es el sentido o significado de la misma (qué dispone la premisa mayor).

En resumen, para Troper, antes de aplicar se debe interpretar. La cuestión está en que, ambos procedimientos, al ser actos interpretativos, no constituyen actos del conocimiento sino de la voluntad y, como tal, son discrecionales en sentido fuerte¹⁰⁸. En efecto, Troper apoyándose en los planteamientos realistas, afirmará que la actividad intelectual de los jueces en torno a la interpretación se representa como una actividad “volitiva”, no cognoscitiva (no es un acto de conocimiento sino de valoración

¹⁰⁴ Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Op. Cit., p. 42. Guastini, en otro momento, reitera esta idea en los siguientes términos: “Las diversas técnicas interpretativas, las diversas tesis dogmáticas, los diversos juicios de valor dan lugar a diversas atribuciones de significados, para los cuales no subsiste ningún criterio persuasivo de verdad” (Guastini, Riccardo. “Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación”. Op. Cit., p. 157).

¹⁰⁵ Moreso i Mateos. Op. Cit., p. 119. En otro momento, Moreso sintetiza la posición de Guastini sobre la interpretación en los siguiente términos: “como es sabido, Guastini (y, siguiendo a Tarello, toda la escuela genovesa) sostiene un teoría escéptica de la interpretación jurídica, según la cual los enunciados interpretativos son semejantes a definiciones estipulativas y, por tanto, carecen de verdad: la actividad interpretativa no es una actividad de carácter cognoscitivo, sino que tiene naturaleza prescriptiva” (Moreso, José Juan. “Significado, interpretación y proposiciones normativas. Apuntes para un debate”. En: *El realismo jurídico genovés*. Op. Cit., pp. 41-42).

¹⁰⁶ Troper, Michel. “El poder judicial y la democracia”. Op. Cit., pp. 215-216.

¹⁰⁷ Como se verá en su momento, ésta es una tesis similar al planteamiento de Hart sobre la textura abierta del Derecho (Cfr. Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Traducción de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2° edición, 1990, pp. 155-160).

¹⁰⁸ Cfr. Troper, Michel. “El poder judicial y la democracia”. Op. Cit., p. 216.

y de decisión) y, como tal, susceptible únicamente de ser calificada como válida o inválida¹⁰⁹. El planteamiento de este autor se puede resumir de la siguiente manera¹¹⁰:

- (i) Toda aplicación judicial de una norma jurídica, tal como sostenía el primer positivismo, puede ser representada como el resultado de una deducción, de un razonamiento silogístico, donde la norma jurídica constituye la premisa mayor, el caso concreto que se está analizando la premisa menor y la sentencia del juez la deducción lógica de verificar que la premisa menor calza en la premisa mayor (es decir, que el caso concreto cae dentro del supuesto de hecho previsto por la norma a ser aplicada).
- (ii) No obstante, cualquier órgano judicial encargado de aplicar una norma jurídica (un juez o un tribunal de cualquier instancia) debe, primero, determinar el sentido de la misma señalando el significado del enunciado jurídico que supuestamente la “contiene” (qué es lo que éste manda o prohíbe) o, lo que es lo mismo, debe interpretar el mencionado enunciado jurídico a los efectos de fijar la premisa mayor del razonamiento silogístico. De esta forma, se puede afirmar que la interpretación es anterior al silogismo e, incluso, que permite el razonamiento silogístico.
- (iii) Pues bien, todo enunciado jurídico (el enunciado lingüístico que “expresa” la premisa mayor), al estar formulado con los signos lingüísticos del lenguaje natural, tiene un cierto grado de indeterminación y, por ende, puede encerrar varios significados posibles (o, lo que es lo mismo, varias normas jurídicas). Al interpretar, pues, el órgano de aplicación de normas jurídicas (como el juez), debe elegir alguno de ellos y en esa elección consiste la interpretación.
- (iv) La cuestión está en que esa elección es, precisamente, un acto libre o sujeto a la libre valoración del intérprete. Efectivamente, en la medida que no existe un significado “objetivo” susceptible de ser descrito o conocido por el intérprete (por ejemplo, la voluntad del legislador o del constituyente), determinar el significado de un enunciado jurídico implica, realmente, enunciar una prescripción o, lo que es lo mismo, una propuesta acerca de cómo debe ser entendido (asunto que es completamente diferente a los argumentos que aporte el intérprete para convencer a los receptores de la corrección de su propuesta). La interpretación es, por tanto, un acto de la voluntad y no un acto del conocimiento.
- (v) Y si ello es así, la validez de la misma sólo dependerá de la cualidad de su autor: si es un órgano con el poder de interpretar (como los jueces), sea cual sea su

¹⁰⁹ Aunque como veremos en un momento, los autores realistas prescinden de la categoría “validez” y prefieren hablar de vigencia o existencia.

¹¹⁰ Cfr. Troper, Michel. *Por una teoría jurídica del Estado*. Op. Cit., pp. 275-276 y 314-317.

elección, ésta se incorporará al ordenamiento jurídico y será válida (aun cuando, desde el punto de vista de los receptores, no sea correcta).

De esto se sigue, y éste es el planteamiento central de los realistas, que los jueces al no estar sujetos a condicionantes internos (o provenientes desde el mismo Derecho positivo) al momento de interpretar y, sobre todo, al tener el poder de decir la “última palabra” sobre qué es o qué no es Derecho, tienen plena discreción para crear Derecho exactamente del mismo modo que los legisladores (no sería, pues, una atribución “marginal” tal como sostiene Hart). Y es que el juez, de acuerdo con este planteamiento, para resolver una controversia, debe primero interpretar el texto normativo supuestamente aplicable (para lo cual no tiene más límite que su propia conciencia) y, en verdad, será la interpretación que él haga de ese texto (esto es, el significado que le atribuya), y no el texto en sí mismo, la norma que realmente aplique, convirtiéndose de esta forma en el verdadero legislador. En palabras de Troper: “(...) la premisa mayor, la ley, no le es dada realmente al Juez, (...) éste debe interpretar el texto de esa ley, determinar su significado. El juez se convierte por tanto en el verdadero creador de esa premisa, en el verdadero legislador. Esta es, pues, la esencia de la teoría realista de la interpretación: el verdadero legislador no es el autor del texto sino el intérprete”¹¹¹.

No está de más volver a resaltar que en este planteamiento el intérprete tiene plena discreción para atribuir significado al texto normativo y que la validez o no del mismo no está en función de su contenido sino de la cualidad del intérprete: si es un órgano al que el ordenamiento jurídico le reconoce el poder para imponer su interpretación (por ejemplo, la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional), entonces la misma será plenamente válida, sea cual sea su contenido¹¹². En esta lógica, pues, los jueces, a través de la interpretación, pueden “rehacer” la Ley o los principios de los que habla Dworkin, darle el sentido que mejor les parezca y, lo que es más preocupante en términos democráticos, en caso no sea posible ya interponer recurso impugnativo alguno, “la decisión, cualquiera que sea, aun absurda, [...será...] jurídicamente válida y se [...impondrá...] en el orden jurídico”¹¹³. Consecuentemente, de acuerdo con Troper, es posible afirmar que sí existe “Poder Judicial” en sentido funcional: los jueces libremente pueden asignar un sentido u otro a un enunciado jurídico; decisión que, en caso de no ser impugnada o no ser impugnabile ya, se impondrá indefectiblemente en el ordenamiento jurídico incluso en contra de la voluntad del Parlamento (expresada supuestamente en el enunciado jurídico interpretado).

¹¹¹ Troper, Michel. *Por una teoría jurídica del Estado*. Op. Cit., p. 316. Es por esta razón que, este mismo autor, dirá que la norma de más alta jerarquía en un ordenamiento constitucional, no es el texto de la Constitución propiamente dicho sino, realmente, la interpretación que del mismo hace el órgano encargado de asegurar su plena vigencia: el Tribunal Constitucional (Cfr. Troper, Michel. *Por una teoría jurídica del Estado*. Op. Cit., pp. 317-320).

¹¹² Como señala Guastini: “los jueces de última instancia son libres de atribuir a los textos normativos cualquier significado” (Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Op. Cit., p. 42).

¹¹³ Troper, Michel. “El poder judicial y la democracia”. Op. Cit., p. 219.

Habría, por tanto, “Poder Judicial”. ¿Y habría “un” Poder Judicial? De acuerdo con Troper, sin ninguna duda. Dado que todos los jueces y tribunales tendrían “Poder Judicial”, entonces el órgano supremo (la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional) también tendría “Poder Judicial” y, por tanto, en la medida que éste sí puede imponer, de forma abstracta y con alcance general, una “unidad de criterio” aplicable a todos los órganos inferiores, no cabe duda que existiría “un” Poder Judicial en sentido orgánico. En palabras de Troper: “como las interpretaciones dadas por las cortes supremas son respetadas por los tribunales inferiores, simplemente por la jerarquía de los tribunales, (...), se tiene un poder legislativo en las manos de los tribunales”¹¹⁴. Como dice en otro momento, los tribunales supremos tienen “un poder de interpretar, un poder que, en realidad, es abstracto y general. En efecto, todos los tribunales inferiores van a alinearse y aplicar la ley de conformidad con las directrices de la corte de casación”¹¹⁵. En tal sentido, en la medida que los jueces supremos pueden producir e imponer normas generales a los jueces de inferior jerarquía, existiría entonces “un” Poder Judicial. El mismo residiría en la cúspide de la estructura jerárquica de la administración de justicia. Por tanto, en el sentido defendido por Troper, es posible afirmar que los jueces y tribunales sí se configuran como un “poder” en toda la expresión del término.

Ahora bien, para entender la posición de Troper, es necesario estudiar la noción de “existencia” en el Derecho que manejan los autores realistas. Aun cuando Troper usa la categoría “validez” para explicar la existencia dentro del Derecho de cualquier interpretación hecha por el juez competente para decir la última palabra, lo cierto es que en este movimiento se diferencia la “validez” de la “vigencia” (o “existencia”) del Derecho y se afirma que el objeto de estudio de la Ciencia Jurídica es la segunda y no la primera (la cual descarta por implicar también una “metafísica del Derecho” o, lo que es lo mismo, un “juicio de valor”¹¹⁶). Como señala Hierro, “el realismo jurídico (...) supone la doble negación del iusnaturalismo y del positivismo formalista (...) por implicar, (...), una metafísica del derecho y hacer imposible, (...), la construcción de un conocimiento científico del derecho” y, como tal, afirma que “el derecho ha de ser estudiado científicamente como una realidad espacio temporal”, como una realidad empírica en la que “existen, ante todo y sobre todo, unas reglas, unas normas”. Y, precisamente, “estas normas, (...), son el objeto de la ciencia del derecho, pero no en cuanto preceptos abstractos dotados de validez sino en cuanto reglas que realmente organizan el uso de la fuerza en un grupo social, esto es, en cuanto reglas que realmente se cumplen o hacen cumplir”¹¹⁷. Es por ello que, para los realistas, “una ciencia del derecho construida de acuerdo a los principios generales del empirismo no

¹¹⁴ Troper, Michel. “El poder judicial y la democracia”. Op. Cit., p. 216.

¹¹⁵ Ibid., p. 218.

¹¹⁶ Sobre la distinción entre juicios de valor y juicios de hecho, Cfr. el punto 4.1 de este capítulo.

¹¹⁷ Hierro, Liborio L. *El realismo jurídico escandinavo: una teoría empirista del derecho*. Madrid: lustel, 2ª edición, 2009, p. 67.

puede tomar como categoría de sus descripciones la validez” y, por ende, “ha de prescindir de una categoría que no tiene referencia alguna en el mundo de los hechos y que, por ello, no es susceptible de comprobación empírica”¹¹⁸.

En tal sentido, el realismo jurídico constituye una propuesta epistemológica, distinta al iusnaturalismo y al positivismo decimonónico, sobre el conocimiento o la identificación del Derecho. Esta corriente de pensamiento, al igual que el positivismo formalista, considera que el Derecho objeto de estudio de la Ciencia Jurídica es el Derecho “que es” y no el Derecho “que debería ser”, pero introduce una variante metodológica: el derecho “que es”, y por tanto objeto de estudio, es el Derecho que “realmente se cumple” o “hace cumplir” y no el Derecho formalmente válido. Este último, para ellos, al no ser susceptible de una comprobación fáctica, supone un juicio de valor sobre el Derecho “que es” y, por tanto, no forma parte de la Ciencia Jurídica que, como se verá más adelante, al ser una ciencia descriptiva tan sólo se debe limitar a realizar “juicios de hecho” sobre el Derecho existente¹¹⁹. Pues bien, ¿y cuál es el Derecho que realmente se cumple o hace cumplir? Para los realistas éste es el Derecho vigente (o existente) que, a juicio de ellos, es el único describible o susceptible de comprobación empírica¹²⁰. ¿Y cuál es el Derecho vigente? Para algunos es el Derecho “que es aceptado o tenido como tal por la conciencia jurídica popular” (realismo escandinavo o psicológico), mientras que para otros “es derecho vigente el conjunto de reglas formuladas por los tribunales” (realismo americano o conductista)¹²¹.

No viene al caso profundizar en esta distinción (se hará en el tercer capítulo). Por ahora, a mí sólo me interesa destacar que a la tesis realista de la interpretación mencionada líneas arriba (la expuesta por Troper), subyace la propuesta realista conductista o americana que, como explica Bobbio, mantiene como tesis central que: “no existe derecho objetivo, es decir, objetivamente deducible de hechos reales, ofrecidos por la costumbre, por la ley o por los antecedentes judiciales; el derecho es

¹¹⁸ Hierro, Liborio L. *El realismo jurídico escandinavo: una teoría empirista del derecho*. Op. Cit., p. 141.

¹¹⁹ Como señala Bobbio, las corrientes “realistas” combaten en dos frentes: “contra el iusnaturalismo, que tiene una concepción ideal del derecho, y contra el positivismo en sentido estricto, que tiene una concepción formal del derecho. En antítesis con el primero, estas corrientes se pueden llamar “realistas”; en antítesis con el segundo, “contenidistas”, en el sentido de que no observan al derecho como debe ser, sino al derecho como efectivamente es, sin considerarlo siquiera como un sistema de normas válidas, sino como un complejo de normas efectivamente aplicadas a una determinada sociedad. Desde su punto de vista pecan por abstracción tanto los iusnaturalistas como los positivistas. Los primeros porque confunden el derecho real con las aspiraciones de justicia, y los segundos porque lo confunden [al derecho real] con las reglas impuestas y formalmente válidas, que a menudo son también formas vacías de contenido. Los positivistas observan sólo el conflicto entre derecho válido y derecho justo. Los seguidores de estas corrientes ven también un conflicto entre el derecho impuesto y el efectivamente aplicado, considerando sólo este último como el derecho concreto y, por tanto, el único objeto de investigación posible para el jurista que no quiera distraerse con fantasmas sin contenido” (Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Traducción de Eduardo Roza Acuña. Madrid: Debate, 1991, pp. 46-47).

¹²⁰ Cfr. Hierro, Liborio L. *El realismo jurídico escandinavo: una teoría empirista del derecho*. Op. Cit., p. 252.

¹²¹ Ibid., pp. 255 y 257. Moreso presenta esta tesis, que no comparte, del realismo americano en los siguientes términos: “El derecho no está constituido por las reglas generales. El derecho sólo es el conjunto de las decisiones judiciales” (Moreso i Mateos, Josep Joan. *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*. Op. Cit., p. 119).

una permanente creación del juez, el derecho es obra exclusiva del juez en el momento que decide una controversia¹²². Y es que solamente desde estos planteamientos, es posible entender la afirmación de que las normas jurídicas existentes (o vigentes y, por tanto, objeto de estudio de la Ciencia Jurídica), son sólo las normas que los jueces emiten al momento de realizar su labor de resolver controversias y, por tanto, que éstos son los verdaderos “legisladores”. Es más, si éstas son las únicas normas existentes, además de ser lógico sostener que “la” fuente del Derecho es la jurisprudencia, también lo es que los jueces, al momento de llevar a cabo su función, no están sujetos realmente a ninguna atadura (o regla) emitida por un órgano que no sean ellos y, por tanto, que la actividad de los jueces de resolver controversias, simplemente, es un acto libre o de voluntad¹²³. Esta conclusión se refuerza si le añadimos un dato constatable empíricamente: hay jueces cuyas resoluciones no pueden ser objeto de impugnación y, por tanto, sea cual fuere el sentido de las mismas, siempre serán Derecho. Entonces, no cabe duda que desde la concepción realista la actividad judicial (la interpretación judicial) es siempre productora de Derecho. Los enunciados jurídicos emitidos por el Parlamento, a lo más, serían “predicciones” de la forma en que van a fallar –o deberían fallar– los jueces¹²⁴.

Este planteamiento, en su momento, recibió severas críticas. Antes de pasar al siguiente punto, voy a dejar planteadas en forma de pregunta algunas de ellas: si las reglas sólo existen después de haber sido recogidas por los jueces ¿cómo se explica la creación y competencias de los mismos?, ¿qué pasa con las reglas emitidas por el Parlamento cuya validez o aplicación a un caso concreto no ha sido cuestionada en sede judicial?, ¿simplemente no existen?, ¿y si son de hecho cumplidas por los destinatarios de las mismas?, ¿es cierto que los jueces son totalmente libres al

¹²² Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Op. Cit., p. 49. Esta es una idea permanentemente resaltada por los autores que usualmente son ubicados en el heterogéneo grupo de los realistas americanos. Como señala Hart: “el juez Oliver Wendell Holmes dijo en 1894, “las predicciones acerca de lo que de hecho harán los tribunales es lo que entiendo por derecho, y nada más pretencioso”. El gran jurista de Harvard John Chipman Gray escribió, al comenzar el siglo, “el derecho del Estado o de cualquier cuerpo organizado de hombres está compuesto por las reglas que los tribunales, esto es los órganos judiciales de ese cuerpo, establecen para la determinación de los derechos y deberes jurídicos”. Un jurista posterior, Karl Llewellyn, dijo en 1930, “lo que los funcionarios (esto es, principalmente los jueces) hacen respecto de las disputas es, en mi opinión, el derecho mismo” (Hart, H. L. A. “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”. Op. Cit., p. 328).

¹²³ Cfr. Hierro, Liborio L. *El realismo jurídico escandinavo: una teoría empirista del derecho*. Op. Cit., pp. 314-316.

¹²⁴ Hart resume este planteamiento, con el que no está de acuerdo, de la siguiente manera: “El escepticismo ante las reglas reclama seriamente nuestra atención, pero sólo como una teoría del papel de las reglas en la decisión judicial. En esta forma, (...), dicha teoría equivale a afirmar que, en lo que concierne a los tribunales, nada hay que circunscriba el área de textura abierta: de modo que es falso, si no absurdo, considerar que los propios jueces están sometidos a las reglas u “obligados” a decidir casos en la forma que lo hacen. (...). Nada hay que los tribunales consideren como pauta o criterio de conducta judicial correcta, y, por ello, nada hay en esa conducta que manifieste el punto de vista interno característico de la aceptación de reglas. (...) el hecho de que las reglas que, según los jueces, los obligan al decidir un caso, tienen textura abierta, o presentan excepciones que no son exhaustivamente especificables de antemano, y el hecho de que al desviarse de las reglas no hará pasibles a los jueces de una sanción física, son invocados a menudo como prueba favorable a la posición del escéptico. Estos hechos son subrayados para demostrar [como decía Llewellyn en *The Bramble Bush*] que las reglas son importantes en la medida en que nos ayudan a predecir lo que harán los jueces. Tal es toda su importancia, excepto como juguetes vistosos” (Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Op. Cit., pp. 172-173).

momento de cumplir su función de resolver controversias?, ¿es cierto que no existen valores de “verdad” contenidos en los enunciados jurídicos?, ¿realmente los jueces, desde el punto de vista interno, no sienten que “lo que dice la Constitución es Derecho”?, es decir, ¿ni siquiera existe la “regla de reconocimiento” de Hart?, ¿o es que habría que reformular la misma y afirmar que “lo que los jueces dicen es Derecho”?, ¿es suficiente constatar que algunas resoluciones tienen carácter definitivo para de ahí concluir que cualquier fallo judicial es válido?

3.2 La tesis intermedia de la interpretación judicial.

De acuerdo con Guastini, la tesis intermedia o ecléctica, la más aceptada en la actualidad, “sostiene que la interpretación es a veces una actividad de conocimiento, y, a veces, una actividad de decisión discrecional”¹²⁵. Ello sería así porque, según los autores que suscriben este planteamiento, el lenguaje en el que están expresados los enunciados jurídicos tan sólo sería “parcialmente indeterminado”¹²⁶, de forma que sí sería posible distinguir en el seno de los mismos “un núcleo esencial luminoso y, en torno suyo, una indefinida zona de penumbra”¹²⁷ y, por ende, “los enunciados interpretativos a veces tienen valores de verdad, y otras veces carecen de éstos”¹²⁸. Como explica Guastini, la tesis intermedia, sin negar la vaguedad del lenguaje normativo, “saca como conclusión que, junto a los casos “claros”, en los cuales la aplicación de una norma no supone problema alguno, ya que caen en su ámbito de aplicación de un modo evidente, existen siempre casos “difíciles” o “dudosos”, en los cuales el juez ejerce su poder discrecional”¹²⁹. Es decir, de acuerdo con este planteamiento, todo aquel caso que se refiera a la aplicación del “núcleo luminoso” del enunciado normativo constituye un “caso fácil” (se sabe con seguridad que cae en su ámbito de aplicación), mientras que todo aquel caso que se refiera a la aplicación de la “zona de penumbra” constituye un “caso difícil” (no se sabe con certeza si cae o no en su ámbito de aplicación)¹³⁰. Así, pues, la discrecionalidad judicial estaría circunscrita a la zona de penumbra.

Y es que, como explica el mismo Guastini, para los defensores de la teoría intermedia: “los jueces no ejercen discrecionalidad alguna cuando aplican una norma a los casos claros; ejercen discrecionalidad sólo cuando aplican (o niegan la aplicación de) una norma a los casos de penumbra; ya que, en esos supuestos, la decisión de la controversia requiere una elección entre al menos dos soluciones alternativas”¹³¹. De esta forma, en el marco de esta posición, la actividad intelectual de los jueces en torno a la interpretación será un acto del conocimiento, en lo que se refiere al núcleo

¹²⁵ Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Op. Cit., p. 16.

¹²⁶ Moreso i Mateos, Josep Joan. *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*. Op. Cit., p. 120.

¹²⁷ Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Op. Cit., p. 16.

¹²⁸ Guastini, Riccardo. “Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación”. Op. Cit., p. 148

¹²⁹ Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Op. Cit., p. 40.

¹³⁰ Cfr. Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Op. Cit., pp. 16-17.

¹³¹ Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Op. Cit., p. 17.

luminoso, y por el contrario, será un acto de la voluntad, en lo se refiere a la zona de penumbra¹³². Así, pues, en la tesis intermedia solamente la atribución de significado a una fuente “oscura” requiere de valoraciones, elecciones y decisiones, mientras que la atribución de significado a una fuente “clara” sería una actividad puramente cognoscitiva, es decir, destinada a descubrir el significado preexistente en el texto normativo sujeto a interpretación. Y, si ello es así, tan sólo en lo que se refiere a los “casos difíciles” los jueces actuarían con discreción fuerte y, por tanto, solamente ahí serían un real “Poder Judicial”. En los demás casos, se sobreentiende, se someterían a la voluntad del legislador constitucional u ordinario.

3.2.1 La textura “abierta” del Derecho: la zona de certeza y la zona de penumbra.

La tesis intermedia típica es el planteamiento de Hart sobre la textura “abierta” del Derecho. Y es que, para este autor, tanto la tesis cognitiva como la tesis escéptica, a las que llama “noble sueño” y “pesadilla” respectivamente, son sólo “ilusiones” que no se corresponden con lo que se hace en las horas de “vigilia”: a veces se actúa según la tesis cognitiva (el noble sueño) pero, en otras, se hace según lo señalado por la tesis escéptica (la pesadilla)¹³³. Hart llega a esta conclusión porque, siendo fiel al postulado positivista de la neutralidad valorativa¹³⁴, señala que, en virtud del carácter relativamente indeterminado del lenguaje natural, el Derecho (entendido como un conjunto de reglas positivas cuya validez, en última instancia, deriva de una regla “social” de reconocimiento) tiene una “textura abierta” —es decir, no es pleno ni totalmente determinado—, y, como tal, es lógico que en él existan supuestos no previstos o, al menos, que no se sabe si están previstos o no¹³⁵; aunque, como también dirá, ello no supone negar que en el Derecho existan casos que claramente caen dentro del ámbito de aplicación de alguna norma jurídica (en contraposición a los planteamientos realistas).

Explicaré con más detalle lo señalado en el párrafo precedente. Como se sabe, Hart apela a la noción de “regla” para describir la estructura y el funcionamiento del Derecho. De esta forma, para Hart el Derecho viene a ser un conjunto de “reglas”. Éstas, desde el punto de vista externo, vienen a ser las conductas que habitualmente se cumplen en una sociedad determinada (por ejemplo, detener el auto en la luz roja del semáforo) y, por supuesto, las sanciones posibles frente a la desviación o

¹³² Como dice Guastini, para la tesis intermedia, “cuando un juez decide un caso fácil, se limita a tomar conocimiento de la norma (...). Por el contrario, cuando resuelve un caso difícil, realiza un acto de voluntad (...)” (Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Op. Cit., pp. 40-41).

¹³³ Cfr. Hart, H. L. A. “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”. Op. Cit., p. 348.

¹³⁴ Hart en el *Postscriptum* explica que su aproximación al Derecho es descriptiva y, por tanto, moralmente neutra. Es decir, pretende explicar la estructura y funcionamiento del Derecho existente sin tomar en cuenta la consideración moral que sobre las prácticas jurídicas analizadas se pudiera realizar (Cfr. Hart, H. L. A. “Postscriptum”. En: *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*. Bulloch, Penélope y Joseph Raz (editores). Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de los Andes, 1997, 1997, pp. 92-93).

¹³⁵ Cfr. Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Op. Cit., pp. 155-169.

incumplimiento de dichas conductas (por ejemplo, la imposición de una multa por no detener el auto en la luz roja del semáforo); y, desde el punto de vista interno, vienen a ser la razón, precisamente, por la cual los miembros de dicha sociedad tienen la obligación de seguir esas conductas habituales (por ejemplo, si los conductores detienen el auto en la luz roja es porque existe una “regla” de tránsito —y no otra cosa— que les impone esa obligación) y, a la vez, el criterio que justifica la imposición de una sanción frente a la infracción de las conductas que habitualmente se cumplen (por ejemplo, la multa por no detener el auto en la luz roja se impone, no por capricho del policía, sino porque no se cumplió una “regla” de tránsito)¹³⁶.

Hart, a su vez, distingue entre “reglas primarias” y “reglas secundarias”. Las primeras son reglas que establecen libertades, derechos, deberes, sanciones, etc., para los individuos; mientras que las segundas otorgan facultades a los particulares o las autoridades públicas para crear, modificar, extinguir y/o adjudicar reglas primarias¹³⁷. A su vez, las reglas secundarias se clasifican en “reglas de cambio”, “reglas de adjudicación” y “reglas de reconocimiento”. Las reglas de cambio son reglas que otorgan facultades a “alguien” para crear, modificar o extinguir reglas primarias (por ejemplo, las reglas sobre la función legislativa)¹³⁸. Las reglas de adjudicación, por su parte, son reglas que asignan competencias para determinar si en un caso concreto se ha infringido o no una regla primaria (por ejemplo, las reglas relativas a la función judicial)¹³⁹. Finalmente, la regla de reconocimiento es la regla que establece el criterio “último” de identificación de todas las reglas válidas del sistema (tanto primarias como secundarias); esto es, fija el criterio para identificar la validez de la regla que, estando en la cumbre de la jerarquía normativa (la Constitución por ejemplo), establece los criterios para identificar como “válidas” a todas las demás reglas que están por debajo de ella (por ejemplo, la Ley, el Reglamento, etc.). Para Hart, pues, la validez de la norma suprema está dada por una regla que dispone que “*lo que la norma suprema dice es derecho*” y, de esta forma, que suministra los criterios para “reconocer” las normas que pertenecen al sistema¹⁴⁰.

Ahora bien, luego de describir la estructura y el funcionamiento del ordenamiento de esta forma, Hart explica que el Derecho no prevé solución, en forma de regla, para todos los casos posibles. Y ello es así porque las reglas se expresan en el lenguaje

¹³⁶ Cfr. Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Op. Cit., pp. 110-113.

¹³⁷ Cfr. Ibid., pp. 101-102.

¹³⁸ Cfr. Ibid., p. 119.

¹³⁹ Cfr. Ibid., p. 120.

¹⁴⁰ Cfr. Rodríguez, César. Op. Cit., p. 27. En palabras de Hart: “Decir que una determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema” (Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Op. Cit., p. 129). Es conveniente resaltar que, a diferencia de la norma hipotética de Kelsen, la regla de reconocimiento no es presupuesta o hipotética. Para Hart, la existencia de la regla de reconocimiento es un dato fáctico: así se comportan, desde el punto de vista interno, los operadores jurídicos. Ellos, en su práctica diaria, aceptan que el criterio supremo (la Constitución por ejemplo) es Derecho y, por tanto, que en él se establecen los criterios de identificación de las demás normas del sistema (cfr. Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Op. Cit., pp. 125-153).

natural de los seres humanos y éste, por definición, es vago o ambiguo (aunque no totalmente vago o ambiguo como se verá en su momento)¹⁴¹. Efectivamente, dos son las razones que llevan a Hart a afirmar que el Derecho tiene “textura abierta”: (i) las “reglas”, en tanto instrumento de control social, han sido formuladas apelando a términos “generales” y, por lo general, están dirigidas a “clases” de personas, actos, cosas o circunstancias y no a personas, actos, cosas o circunstancias particulares¹⁴², motivo por el cual, no se puede saber con certeza cuáles son todos los casos particulares que caen en su ámbito de aplicación o, incluso, cuáles son las conductas exigidas por dicha regla¹⁴³; y (ii) no es posible formular por adelantado reglas de conducta para todas las posibles situaciones que deparará el futuro (las reglas, por lo general, están formuladas para hacer frente a las situaciones que ya conocemos) y, por ende, es muy posible que, con el paso del tiempo, vayan apareciendo supuestos que en su momento no fueron previstos y para los que, evidentemente, o bien no existe una solución en forma de regla o bien no se sabe si existe una dentro de las reglas existentes¹⁴⁴.

Queda claro, entonces, que para Hart al tener el Derecho textura abierta, existirán supuestos para los cuales no existirá una solución en forma de regla general (una laguna), habrá duda o incertidumbre acerca de si el Derecho ha previsto una solución en forma de regla general (una indeterminación sobre la presencia de una laguna) o, habiéndola previsto, no se sabrá con exactitud cuáles son las conductas exigidas por dicha regla general (una indeterminación sobre la regulación de la regla). Y es, precisamente, en estos supuestos en los que, de acuerdo con Hart, cobrará relevancia la figura del juez: él será el sujeto encargado, primero, de determinar el sentido de las reglas formuladas en términos generales y, segundo, de resolver aquellos casos que no fueron previstos o que no se pudieron prever en el pasado. Y dado que, para estos supuestos, el Derecho existente no ha previsto una solución en forma de regla, entonces el juez tendrá plena discreción para producir el Derecho que será aplicado

¹⁴¹ En esta afirmación está la base de la tesis de Hart sobre la creación judicial de Derecho. Como dice Rodríguez, “una constatación lingüística inicial sirve de base a la tesis de Hart sobre este tema: la precisión del lenguaje humano, en general, y del lenguaje jurídico, en particular, es limitada. Las palabras utilizadas en la conversación cotidiana son vagas, aunque tienen significados suficientemente precisos para permitir la comunicación” (Rodríguez, César. Op. Cit., p. 33).

¹⁴² En palabras de Hart: “En cualquier grupo grande el principal instrumento de control social tiene que consistir en reglas, pautas o criterios de conducta y principios generales, y no en directivas particulares impartidas separadamente a cada individuo” (Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Op. Cit., p. 155).

¹⁴³ Como dice Hart: “Aun cuando se usen reglas generales verbalmente formuladas, en los casos concretos particulares pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por ellas. Las situaciones de hecho particulares no nos aguardan ya separadas las unas de las otras y rotuladas como ejemplos de la regla general cuya aplicación está en cuestión. Ni la regla puede por sí misma reivindicar sus propios ejemplos” (Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Op. Cit., p. 157).

¹⁴⁴ En palabras de Hart: “Si el mundo en que vivimos estuviera caracterizado únicamente por un número finito de notas y éstas, junto con todos los modos en que pudieran combinarse, fueran conocidas por nosotros, podríamos formular provisiones por adelantado para toda posibilidad. Podríamos elaborar reglas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiera una nueva elección. Todo podría ser conocido y, por ello mismo, las reglas podrían especificar por adelantado la solución para todos los problemas. Este sería un mundo adecuado para la teoría jurídica “mecánica”. Obviamente ese mundo no es el nuestro; los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar. (...)” (Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Op. Cit., p. 160).

por él al caso concreto¹⁴⁵. En ese sentido, para Hart, la afirmación “los jueces, en el ejercicio de sus funciones, crean –o pueden crear– Derecho”, vendría a ser una verdad lógica que se sigue de haber constatado que en el Derecho existente no hay solución, en forma de reglas generales, para todos los casos posibles. Es, pues, una consecuencia de la textura abierta del Derecho.

Ahora bien, que en la teoría de Hart el juez tenga el poder de crear Derecho, no quiere decir que, para este autor, ese poder sea ilimitado (a diferencia, por supuesto, de los autores realistas). Efectivamente, si bien es cierto que Hart sostiene que el juez tiene “discreción” al momento de resolver los problemas derivados de la textura abierta del Derecho (si la regla es ambigua, el juez tiene el poder de elegir el sentido que considere más adecuado o, incluso, si es aplicable al caso que se le presenta), también lo es que rechaza que ese poder sea totalmente ilimitado. Para él, la función judicial de creación de Derecho es una función “restringida” o “marginal”. Y es que, para Hart, que el Derecho tenga “textura abierta” no quiere decir que sea totalmente indeterminado. Como señala en el *Postscriptum*: “La posición que sostengo (...) es que las reglas y principios jurídicos identificados en términos generales con los criterios suministrados por la regla de reconocimiento poseen con frecuencia lo que he denominado “textura abierta”, de manera que cuando el problema reside en decidir si una regla dada se aplica a un caso particular, el Derecho no puede determinarlo y por esta razón resulta ser parcialmente indeterminada. Tales casos no son sólo casos “difíciles”, (...), sino que el Derecho, en estos casos, es fundamentalmente “incompleto”: no suministra ninguna respuesta a estos interrogantes. Son asuntos que no están jurídicamente regulados y, para llegar a una decisión en estos casos, el juez debe ejercer aquella función restringida de creación de la ley que he llamado discrecionalidad”¹⁴⁶.

Efectivamente, de acuerdo con este autor, que el Derecho tenga textura abierta, no quiere decir que carezca de un núcleo duro de significado, es decir, que no sea fácilmente aplicable a determinados casos. Según Hart, la textura abierta del Derecho implica que toda regla jurídica tiene una “zona de certeza”, compuesta por casos que caen fácilmente en su campo de aplicación (casos fáciles), y una “zona de penumbra”, compuesta por casos en los que no se sabe con certeza si están o no dentro de su ámbito de aplicación (casos difíciles). En palabras del mismo Hart: “En todos los campos de experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar.

¹⁴⁵ Como explica Rodríguez: “Hart sostiene que debido a que la vaguedad es una característica inherente al lenguaje jurídico y a que en la decisión de los casos difíciles existe más de una interpretación razonable, cuando estos casos llegan a los estrados judiciales los jueces tienen discrecionalidad para escoger la interpretación que consideren más apropiada. Cuando la regla aplicable es imprecisa, el Juez no tiene otra salida que escoger prudentemente la opción que estime adecuada. En estas circunstancias excepcionales, el juez no está aplicando el derecho –porque las reglas no le indican una u otra dirección–, sino creándolo para el caso concreto” (Rodríguez, César. Op. Cit., p. 34).

¹⁴⁶ Hart, H. L. A. “Postscriptum”. Op. Cit., p. 109.

Habrá por cierto casos obvios, (...), a los que las expresiones generales son claramente aplicables. ("Es indudable que un automóvil es un vehículo"). Pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquéllas se aplican o no ("La palabra vehículo, tal como se la usa aquí,   comprende aeroplanos, bicicletas, patines?")¹⁴⁷. Indudablemente, esto quiere decir que a veces si es posible identificar qué casos caen en la regla (la zona de certeza) pero otras veces, en virtud de la generalidad del lenguaje, es difícil saber si un caso concreto cae o no en su ámbito de aplicación (la zona de penumbra). Dicho en otros términos, en virtud de que el Derecho ha sido expresado en términos generales y tomando en cuenta solamente las situaciones que son previsibles en la actualidad, para Hart hay que reconocer: (i) que el mismo opera sin dificultades respecto de una gran masa de casos ordinarios y, a la vez, (ii) que es inevitable que exista algún momento en que su aplicación resultará dudosa o indeterminada¹⁴⁸.

 Y cuáles son las consecuencias de este planteamiento en su tesis de la discrecionalidad judicial? Indudablemente que los jueces únicamente ejercerán discreción en sentido fuerte –y, por ende, crearán Derecho– en el área de incertidumbre (la zona "abierta" del Derecho): ahí tendrán que decidir libremente si la regla es aplicable o no y, si no lo es, tendrán que crear el Derecho que resuelva la controversia. Como dice Hart: "La textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales (...), a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso. No obstante ello, la vida del derecho consiste en muy gran medida en la orientación o guía, tanto de los funcionarios como de los particulares, mediante reglas determinadas que, (...), no exigen de aquéllos una nueva valoración de caso a caso. Este hecho saliente de la vida social sigue siendo verdad, aun cuando puedan surgir incertidumbres respecto de la aplicabilidad a un caso concreto de cualquier regla (escrita o comunicada por precedente). Aquí en la zona marginal de las reglas y en los campos que la teoría de los precedentes deja abiertos, los tribunales desempeñan una función productora de reglas, (...). En un sistema donde el *stare decisis* es firmemente reconocido, esta función de los tribunales se asemeja mucho al ejercicio por un cuerpo administrativo de potestades delegadas de creación de reglas"¹⁴⁹. Queda claro, pues, que para Hart, la capacidad del juez de crear Derecho libremente, a diferencia de la posición realista que se ha estudiado, se encuentra

¹⁴⁷ Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Op. Cit., pp. 157-158.

¹⁴⁸ Cfr. *Ibid.*, pp. 159-160. Más allá de realizar esta constatación, Hart también sostiene que el Derecho no puede estar estructurado de modo diferente. Es decir, no sólo es inevitable la presencia de una zona de incertidumbre sino también es deseable: "De hecho todos los sistemas, de maneras diferentes, concilian dos necesidades sociales: por un lado, la necesidad de ciertas reglas que, en relación con grandes áreas de conducta, pueden ser aplicadas con seguridad por los particulares a sí mismos, sin nueva guía oficial o sin necesidad de sopesar cuestiones sociales [la zona de certeza], y, por otro lado, la necesidad de dejar abiertas para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presenten en un caso concreto [la zona de penumbra]" (*Ibid.*, p. 162).

¹⁴⁹ Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Op. Cit., pp. 168-169.

limitada a la zona de incertidumbre¹⁵⁰. En ese sentido, no cabe duda de que la labor de los jueces, en la teoría de este autor, a veces es productora y a veces re-productora de Derecho. En el área de certeza actuara de manera similar al razonamiento silogístico, en cambio en el área de penumbra actuará de la misma forma que señalan los realistas. Todo dependerá, al final, del área del Derecho en la que se esté moviendo.

3.2.2 La justificación de la sentencia en los casos de lagunas normativas: la necesaria creación judicial de Derecho.

Otra posición calificable de intermedia en torno a la función judicial, es la defendida por el profesor argentino Eugenio Bulygin que, al igual que Hart, sostendrá que “los jueces no crean Derecho en situaciones normales, pero sí lo hacen porque crean normas generales en situaciones muy especiales”¹⁵¹. Efectivamente, Bulygin sostendrá que, en tanto la labor de los jueces consiste en resolver conflictos de intereses, en los supuestos de lagunas normativas (que para él, como Hart, vendrían a ser casos marginales), los jueces se verán obligados a crear ellos mismos la norma general que, como premisa mayor del silogismo judicial, justificará el fallo que finalmente adopten; motivo por el cual, en estos casos, pueden decidir fallar libremente tanto a favor como en contra de la demanda (todo dependerá de la norma general que al final construyan). En tal sentido, ésta es una posición que, en lo que se refiere a los supuestos de lagunas normativas, supone que los jueces actúan con discreción en sentido fuerte. Por supuesto, en las llamadas “situaciones normales”, para este planteamiento, los jueces no harían más que aplicar la solución prevista en el Derecho y, por tanto, a lo más actuarían con discreción en sentido débil. Consecuentemente, en los casos normales la función judicial sería “cognoscitiva”, mientras que en las “situaciones muy especiales” sería un acto de la voluntad¹⁵².

Así, pues, es una tesis intermedia: a veces lo juez “crean” Derecho pero a veces simplemente lo “re-producen”. Expliquemos con más detalle las razones que da Bulygin, que creo son más elaboradas que las que da Hart, para demostrar que los jueces tienen plena discreción para crear Derecho en los supuestos de lagunas normativas (y, por supuesto, que en el Derecho existen casos no previstos o, lo que es

¹⁵⁰ Incluso en su Postscriptum fue mucho más radical: “Es importante señalar que la facultad de creación de Derecho que le atribuyo a los jueces para regular casos parcialmente indeterminados por el Derecho es diferente de una legislatura: no sólo están tales facultades sujetas a muchas restricciones que limitan sus opciones de las que puede estar libre una legislatura, sino que al ejercer el juez esta facultad únicamente para disponer de casos particulares no puede utilizarla para imponer reformas a gran escala ni nuevos códigos. Sus facultades son entonces “intersticiales” y están sujetas a muchas limitaciones sustantivas” (Hart, H. L. A. “Postscriptum”. Op. Cit., pp. 136-137).

¹⁵¹ Bulygin, Eugenio. Op. Cit., p. 21.

¹⁵² Como precisa en otro momento, la tesis de la discrecionalidad que defiende “no afirma que los jueces tienen siempre discreción, sino que en algunas circunstancias especiales (lagunas normativas), el juez que tiene que resolver sobre el fondo del litigio tiene discrecionalidad” (Bulygin, Eugenio. “En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria”. En: *Lagunas en el Derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Madrid / Barcelona: Marcial Pons, 2005, pp. 78-79).

lo mismo, lagunas normativas). El primer paso en el razonamiento de Bulygin es demostrar que la tesis de Kelsen sobre la creación judicial de Derecho es errónea. Como se sabe, este último afirmaba que el Derecho era un conjunto de normas conformado por normas generales (por ejemplo, las leyes) y por normas individuales (por ejemplo, las sentencias) y, en lo que nos interesa, que los jueces siempre creaban Derecho dado que siempre creaban normas individuales¹⁵³. Pues bien, para cuestionar esta posición, Bulygin, primero, definirá el sentido del término “norma” en el Derecho y, luego, a partir de ello, profundizará en la distinción entre “norma general” y “norma individual”.

Veamos, para Bulygin, las normas jurídicas vienen a ser prescripciones imperativas, prohibitivas o permisivas que correlacionan un caso (el “supuesto de hecho”) con una solución (la “consecuencia jurídica”). Es decir, son prescripciones que ordenan, prohíben o permiten (la solución) hacer o no hacer algo (el caso)¹⁵⁴. Si ello es así, para Bulygin, es perfectamente posible diferenciar: (i) entre un “caso individual”, es decir, una conducta concreta o real, acaecida en un espacio-tiempo determinado (por ejemplo, “Pedro mató a Juan”), y un “caso genérico”, es decir, una conducta abstracta o posible, en tanto generalización y previsión de la realización de posibles conductas concretas (por ejemplo, “el que mata a otro”); y (ii) entre una “solución individual”, es decir, una prescripción que califica como obligatorio, prohibido o permitido cierta conducta concreta y real (un caso individual), y una “solución genérica”, es decir, una prescripción que caracteriza de manera abstracta como obligatorias, prohibidas o permitidas cierta clase de acciones genéricas de posible realización (un caso genérico)¹⁵⁵. En tal sentido, para Bulygin, una norma general será una prescripción imperativa, prohibitiva o permisiva que correlaciona un caso general con una solución general (por ejemplo, “el que mata a otro será sancionado con una pena de prisión no mayor de 20 ni menor de 10 años”) y, por el contrario, una norma individual vendrá a ser una prescripción imperativa, prohibitiva o permisiva que correlaciona un caso individual con una solución individual (por ejemplo, “Pedro por matar a Juan debe cumplir una pena de prisión de 15 años”)¹⁵⁶.

Habiendo establecido esta diferencia, Bulygin pasa a estudiar la estructura de las resoluciones judiciales y, sobre todo, de su parte justificativa. Así, primero, dejará constancia de que “la sentencia es una entidad compleja que consta de dos partes: los considerandos y la parte resolutive o dispositiva”; siendo el caso que “la parte

¹⁵³ Kelsen textualmente señalaba lo siguiente: “La juris-dictio o acto de “decir el derecho” no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren esos términos (...). La jurisdicción tiene, (...), un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción. La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho” (Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Editorial universitaria de Buenos Aires, 13ª edición, 1975, pp. 151-152).

¹⁵⁴ Cfr. Bulygin, Eugenio. “Los jueces ¿crean Derecho?”. Op. Cit., p. 24.

¹⁵⁵ Cfr. Ibid., p. 25.

¹⁵⁶ Cfr. Ibidem.

resolutiva en la cual el juez condena al acusado a tantos años de cárcel o al demandado a pagarle al actor tal suma de dinero es una norma individual, pero esta norma individual está precedida por los considerandos en los que el juez justifica o fundamenta su decisión (...)”¹⁵⁷. Es decir, si en la sentencia existe una norma individual, la parte resolutiva, tampoco debe perderse de vista que ésta viene antecedida por la motivación que es donde el juez deja constancia de las razones que lo han llevado a adoptar una determinada decisión (optar entre uno de los intereses en disputa). Y será, precisamente, en los considerandos, donde –a juicio de Bulygin– se manifiesta –o se tiene que manifestar– la norma general que le sirve de sustento al juez para ordenar, prohibir o permitir lo que fuera en la parte resolutiva:

“En principio, una norma individual dictada por el juez, esto es, la parte dispositiva de su sentencia está justificada cuando se infiere lógicamente de los considerandos. Para ello los considerandos deben contener un fundamento fáctico y un fundamento normativo. El fundamento fáctico consiste en la descripción del caso individual y la constatación de que ese caso individual es una instancia de un cierto caso genérico, esto es, que el caso individual tiene la propiedad definitoria de un determinado caso genérico. Esta operación se llama habitualmente “subsunción”. El fundamento normativo es una norma general que soluciona el caso genérico al que pertenece el caso individual sometido a la decisión del juez. Para que su decisión esté justificada el juez debe subsumir el caso individual en un caso genérico y luego dictar una resolución o norma individual que corresponda a la solución que la norma general invocada en los considerandos correlaciona con el caso genérico correspondiente”¹⁵⁸.

Como se puede apreciar, las distinciones analíticas introducidas por Bulygin entre norma genérica y norma individual, de un lado, y parte resolutiva y considerandos, de otro, ponen de manifiesto no sólo que la sentencia contiene tanto una norma general como una norma individual, sino sobre todo que será en la motivación, en un supuesto de laguna normativa, en donde aparecerá la norma general creada por el juez: si el juez tiene que resolver el conflicto de intereses que se le plantea y siempre debe apoyar su decisión en una norma general pero no existe una norma general que le ofrezca una solución, entonces para que su resolución esté justificada él tendrá que “crear” el respectivo fundamento normativo. A contrario sensu, esto también quiere decir que si el juez resuelve la controversia aplicando una norma general producida por el legislador, entonces realmente no estará creando nada. Y ésta es, precisamente, la crítica que Bulygin le hace a Kelsen: “Es cierto que la parte dispositiva de la sentencia es el resultado de un acto de voluntad y que el juez al dictar la norma individual agrega una serie de datos que no figuran en la norma general.

¹⁵⁷ Bulygin, Eugenio. “Los jueces ¿crean Derecho?”. Op. Cit., p. 25.

¹⁵⁸ Ibid., p. 26.

Pero esto no implica que el juez esté creando derecho. Si la norma individual dictada por el juez, esto es, la parte dispositiva de su sentencia, está fundada en una norma general creada por el legislador, parece exagerado hablar de “creación del derecho”. (...) el juez sólo crea derecho cuando la norma general mediante la cual justifica su decisión no es una norma creada por el legislador (...)”¹⁵⁹. Consecuentemente, queda claro que en el razonamiento de Bulygin, contrariamente a lo sostenido por Kelsen, los jueces solamente crearían Derecho en aquellos supuestos en los que, para resolver un caso individual, no se basan en una norma general establecida por el ordenamiento jurídico con carácter previo.

Llegado a este punto, Bulygin introduce una pregunta fundamental: si los planteamientos tradicionales dicen que los jueces no deben nunca crear Derecho, entonces ¿qué deben y pueden hacer cuando el Derecho no ofrece una solución genérica para el caso individual que está en sus manos, es decir, qué deben hacer si se presenta una laguna normativa?¹⁶⁰ Es aquí donde demostrará, contrariamente a lo sostenido por Kelsen, que en el Derecho pueden haber lagunas (Kelsen decía que el Derecho era un sistema necesariamente “pleno” en tanto que siempre existe una norma que señala que “todo lo que no está prohibido, está permitido”¹⁶¹) y, en debate con Atria, que en estos casos, como no hay norma general que le imponga nada, el juez es libre de construir la norma general en la que apoyará su decisión final y, por tanto, de decidir si falla a favor o en contra de la demanda (Atria, por el contrario, dirá que el juez está obligado a rechazar la misma, desde que no existe una norma general que ampare la pretensión del demandante¹⁶²).

Para refutar la posición de Kelsen de que en todos los ordenamientos jurídicos siempre existe un principio que dice que “todo lo que no está prohibido, está permitido” y, por tanto, que no hay conductas que no estén reguladas por el Derecho (o bien están prohibidas o bien están permitidas), Bulygin distinguirá entre “normas” y “proposiciones normativas”, de un lado, y entre las distintas acepciones del término permitido, de otro. Así, en lo que se refiere a la primera distinción, dirá que “las normas son expresiones prescriptivas que prohíben, ordenan o permiten ciertas conductas”¹⁶³

¹⁵⁹ Bulygin, Eugenio. “Los jueces ¿crean Derecho?”. Op. Cit., p. 27.

¹⁶⁰ Cfr. Ibid., p. 27.

¹⁶¹ Para demostrar que no hay lagunas en el Derecho, Kelsen dirá lo siguiente: “Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; (...), cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (...); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, (...). Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio” (Kelsen, Hans. Op. Cit., pp. 172-173).

¹⁶² Cfr. Atria, Fernando. “Sobre las lagunas”. En: *Lagunas en el Derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Madrid / Barcelona: Marcial Pons, 2005, pp. 18-22.

¹⁶³ Bulygin, Eugenio. “Los jueces ¿crean Derecho?”. Op. Cit., p. 28.

mientras que “las proposiciones normativas son enunciados descriptivos que informan acerca de la existencia de normas”¹⁶⁴. Por su parte, en lo que se refiere a los significados del término “permitido”, explicará que “cuando figura en una norma, es decir, cuando es usado prescriptivamente, “permitido” significa lo mismo que “no prohibido” y “prohibido” significa “no permitido”. Pero cuando figura en una proposición normativa, “permitido” puede significar dos cosas distintas. Al decir “p está permitido” puedo querer decir, por un lado, que no existe una norma que prohíba p (permisión débil o negativa) o, por el otro, que existe una norma que permite p (permisión fuerte o positiva)”¹⁶⁵.

Pues bien, para cuestionar a Kelsen, Bulygin aplicará estas distinciones al principio “todo lo que no está prohibido, está permitido” y extraerá las siguientes conclusiones: (i) si es una norma –es decir, una prescripción permisiva en tanto que permite hacer todo lo que no está prohibido– es necesariamente contingente al Derecho positivo (puede existir como puede no existir) y, por tanto, no se puede asegurar que esté presente en todos los ordenamientos jurídico-positivos; y (ii) si es una proposición normativa –es decir, un enunciado descriptivo que indica que en un ordenamiento dado “está permitido hacer lo que no está prohibido hacer”– o bien es absolutamente trivial porque sólo está indicando que en ese ordenamiento cuando no hay una norma que prohíba hacer algo, no está prohibido hacer ese algo (permisión débil), o bien es falsa porque ilógicamente está afirmando que en ese ordenamiento cuando no está prohibido hacer algo, existe una norma que permite hacer precisamente ese algo (permisión fuerte). En cualquier caso, ya sea porque es una norma, ya sea porque es una proposición normativa, para Bulygin, nunca se puede llegar a afirmar que en todo ordenamiento existe siempre una norma que permite hacer todo lo que no está prohibido hacer¹⁶⁶. Es muy posible, entonces, según Bulygin, que en los distintos sistemas jurídicos existan lagunas normativas. Por tanto, para este autor, la tesis de Kelsen es falsa¹⁶⁷.

Ahora bien, ¿y que lógicamente sea posible que haya casos no regulados supone que el juez tiene libertad para decidir cómo resolverlos? Como se dijo, Atria sostiene que

¹⁶⁴ Bulygin, Eugenio. “Los jueces ¿crean Derecho?”. Op. Cit., p. 28. Para una explicación detallada de esta distinción, Cfr. Bulygin, Eugenio y Mendonca, Daniel. *Normas y sistema normativos*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2005, pp. 15-24.

¹⁶⁵ Bulygin, Eugenio. “Los jueces ¿crean Derecho?”. Op. Cit., p. 28. En un trabajo previo, Alchourrón y Bulygin distinguieron la *permisión negativa* y la *permisión positiva* de la siguiente manera: “diremos que un acto es permitido negativamente cuando no existe una norma que lo prohíba; [mientras que] un acto es permitido positivamente cuando existe una norma que lo permite (= autoriza)” (Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio. Sobre la existencia de las normas jurídicas. México DF: Fontamara, 1997, p. 52).

¹⁶⁶ Cfr. Bulygin, Eugenio. “Los jueces ¿crean Derecho?”. Op. Cit., p. 29.

¹⁶⁷ Alchourrón y Bulygin, en otro trabajo, para refutar la tesis de que del principio “todo lo que no está prohibido, está permitido” se deriva la inexistencia de lagunas en el derecho, dirán lo siguiente: “Una laguna implica la permisión negativa (...), pero la permisión positiva excluye que el caso sea una laguna”, desde que “un acto positivamente permitido no puede ser prohibido sin que surja una contradicción entre las normas (la norma que permite un acto es incompatible con la norma que lo prohíbe), pero un acto permitido negativamente puede ser prohibido por una norma sin ningún tipo de contradicción” (Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio. Sobre la existencia de las normas jurídicas. Op. Cit., pp. 52-53).

no ya que, en esos casos, el juez estaría obligado a rechazar la demanda. Efectivamente, Atria parte de distinguir dos preguntas que, según él, Bulygin no distingue: (i) ¿qué establece el derecho para el caso genérico?, y (ii) ¿qué debe hacer el juez en un caso individual que pertenece a ese caso genérico? Así, Atria dirá que responder a la primera pregunta: “no establece nada”, no supone responder a la segunda: “hacer lo que crea conveniente para resolver el caso individual”. Y es que, para Atria, que el Derecho no establezca un caso genérico en el cual subsumir el caso particular que está en manos del juez, no significa que no haya una respuesta correcta a la segunda pregunta: para él, el juez debe rechazar la demanda. Entonces, para este autor, que haya “lagunas normativas” no implica, como cree Bulygin, que el juez tiene discreción para resolver el caso individual que se le ha presentado: simplemente, debe rechazar la demanda¹⁶⁸. Es conveniente resaltar que esta posición de Atria parte de considerar, con Hart, que la función primordial de los jueces no es, como sostiene Bulygin, resolver conflictos de intereses sino simplemente “la determinación autoritativa del hecho de violación de las reglas primarias”¹⁶⁹. Y si ello es así, en esta lógica, en los casos de lagunas normativas, al no haber violación de reglas primarias que determinar, entonces el juez no tendrá más opción que rechazar la demanda¹⁷⁰.

Para refutar esta argumentación, en primer lugar, Bulygin resaltaré que Atria ha construido sus argumentos sobre la base del derecho penal que, como se sabe, sí contiene una norma que señala que cuando no hay norma que sanciona la conducta del acusado, el juez debe absolverlo: el principio “*nullum crimen sine lege*” (el principio de legalidad). Es decir, en el derecho penal no hay lagunas y, por tanto, ahí no se aplican las tesis defendidas por Bulygin porque, como se recordará, para este autor el juez solamente crea derecho en los supuestos de lagunas normativas¹⁷¹. Sin embargo, Bulygin señalará que en los procesos civiles, comerciales, laborales, etc., cuando son contradictorios o contenciosos, siempre hay conflictos de intereses que el juez debe resolver. Así, por ejemplo, en un proceso civil la demanda consistirá en el que el juez obligue al demandado a dar, hacer o no hacer algo a favor del demandante y, por el contrario, la posición de este último será que él no tiene la obligación de dar, hacer o no hacer algo a favor del primero¹⁷². Claramente, pues, habría un conflicto de intereses que resolver.

¹⁶⁸ Cfr. Atria, Fernando. Op. Cit., pp. 18-21.

¹⁶⁹ Cfr. Ibid., pp. 18-22.

¹⁷⁰ Atria lo plantea en los siguientes términos: “Un órgano aplicador del derecho tiene el rol de aplicar reglas jurídicas una vez que sus hechos operativos han ocurrido. Si no hay una regla cuyos hechos operativos hayan ocurrido, no hay una regla que pueda ser aplicada. Esto significará que muchos conflictos de intereses no serán solucionados por el derecho, pero no significa que los tribunales tendrán discreción. Si no existe ninguna regla que se refiera a las bicicletas en el parque, entonces Dworkin no puede ser multado por un órgano aplicador del derecho si anda en bicicleta por el parque. Si es procesado por ello, hay una respuesta jurídicamente correcta: debe ser absuelto. En ambos casos lo que la corte debe hacer se sigue de su caracterización: un órgano aplicador del derecho” (Ibid., p. 22).

¹⁷¹ Cfr. Bulygin, Eugenio. “Los jueces ¿crean Derecho?”. Op. Cit., p. 31.

¹⁷² Cfr. Ibid., p. 31. No obstante, en un trabajo posterior, aceptando que en el proceso penal liberal la función judicial sí consiste en la “determinación autoritativa de la violación de una regla penal primaria”, reformulará su planteamiento en los siguientes términos: “el proceso penal liberal consiste en la determinación autoritativa de que se ha violado una norma penal, mientras que en el proceso civil

Asimismo, dirá que la tesis de Atria implica una diferencia fundamental entre la sentencia que hace lugar a la demanda y la sentencia que la rechaza. Para la primera, el juez necesitaría una norma general que diga que el demandado debe hacer –o no hacer– lo que el actor pretende que haga –o no haga–; mientras que para la segunda tan sólo sería suficiente el hecho de que no exista una norma que ampare la pretensión del demandante¹⁷³. Pues bien, para Bulygin, no existe tal diferencia porque, como vimos, toda sentencia, tanto la que hace lugar a la demanda como la que la rechaza, contiene una norma individual en la parte resolutoria: en el primer caso, una que ordena al demandado hacer lo que pide el demandante y, en el segundo, una que permite al demandado no hacer lo que pide el demandante. Pues bien, en ambos casos, al tratarse de normas individuales (y no de meras proposiciones normativas) que resuelven el conflicto de intereses en manos del juez, éste tiene que justificar las mismas mediante normas generales –es decir, prescripciones que correlacionan el caso genérico al que pertenece el caso individual con la solución genérica–, ya sea del tipo “es obligatorio hacer X” ya sea del tipo “está permitido no hacer X”, donde X ya no es la conducta que se requiere del demandado, sino la abstracta y general clase de conductas en la que se subsume la particular y concreta del demandado¹⁷⁴. Y como por hipótesis, dirá Bulygin, “el caso genérico correspondiente no está solucionado por ninguna norma general, el juez tiene que crear una norma general para solucionarlo”¹⁷⁵. En simple, según esta posición, en los casos de lagunas normativas, la creación judicial de derecho viene impuesta por las necesidades de justificación de toda sentencia o norma individual. Ya sea absolutoria, ya sea condenatoria, ya sea fundada, ya sea infundada, la sentencia del juez siempre debe estar basada en una norma general en la cual se pueda subsumir el caso particular que debe resolver (sino la sentencia sería arbitraria) y, por supuesto, si esa norma no ha sido prevista por el legislador, entonces el juez tendrá que crearla¹⁷⁶. Con esto, para Bulygin, estaría demostrado que los jueces siempre crean Derecho en los supuestos de lagunas normativas y, sobre todo, que lo crean discrecionalmente (si no hay un estándar previo que deban respetar, es lógico suponer que la creación del mismo será un acto puro de la voluntad).

capitalista se trata de la solución del conflicto entre actor y demandado” (Bulygin, Eugenio. “En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria”. Op. Cit., pp. 76-77).

¹⁷³ Cfr. Bulygin, Eugenio. “Los jueces ¿crean Derecho?”. Op. Cit., p. 31.

¹⁷⁴ Cfr. Ibid., p. 32.

¹⁷⁵ Bulygin, Eugenio. “Los jueces ¿crean Derecho?”. Op. Cit., p. 32.

¹⁷⁶ Como señala en otro momento: “La discrecionalidad proviene del hecho de que el juez tiene que resolver el caso individual sometido a él y para ello tiene que dictar una norma individual (y no mera proposición normativa), ya sea una norma que ordena al demandado a hacer lo que el actor pretende (si resuelve hacer lugar a la demanda), ya sea una norma que permite no hacerlo (si decide rechazarla). Para justificar esta norma individual el juez necesita una norma general que correlacione el caso genérico al que pertenece el caso individual con una determinada solución y como, por hipótesis, el caso genérico es una laguna normativa y por ende no existe tal norma general, se sigue que el juez tiene que crear esa norma general. Si no lo hiciera, su decisión sería arbitraria” (Bulygin, Eugenio. “En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria”. Op. Cit., p. 79).

Para demostrar que en un caso no regulado el juez puede fallar en cualquier sentido, Bulygin refutará el siguiente caso propuesto por Atria: una pareja escocesa de recién casados no se pone de acuerdo a dónde ir de vacaciones y el Derecho escocés no dice nada acerca de quién tiene el derecho de elegir el lugar de las vacaciones en caso de disputa. Para Atria, en caso cualquiera de los cónyuges interpusiera una demanda, el juez estaría obligado a rechazar la misma. No obstante, Bulygin acertadamente dirá lo siguiente: “¿Pero no podría acaso un juez suficientemente conservador hacer lugar a la demanda del marido, decidiendo –por analogía con el art. 53 del Código Civil argentino (ahora ya derogado) que obliga a la mujer a “habitar con su marido dondequiera que éste fije su residencia”– que es el marido quien puede elegir el lugar de las vacaciones? O un juez feminista ¿no podría resolver hacer lugar a la demanda de la mujer? Al hacerlo no violaría el derecho; simplemente aplicaría una nueva norma general que no existía antes de su sentencia. Lo decisivo es que en los tres casos, tanto cuando hace lugar a la demanda del marido o de la mujer, o cuando rechaza ambas demandas, el juez dicta una norma individual que sólo puede estar justificada por una norma general creada por el mismo juez. Es importante subrayar que esto ocurre (...) también cuando el juez rechaza la demanda, pues en tal caso permite al marido, o a la mujer, o a ambos, no seguir la decisión del otro cónyuge”¹⁷⁷. Consecuentemente, está claro que el juez, en los casos de lagunas normativas, tiene plena discreción para construir la norma general que estará en la base de su decisión y, por tanto, de decidir libremente si acepta o rechaza la demanda¹⁷⁸.

Resumiendo, la posición de Bulygin es que en los casos no resueltos por una norma general emitida con carácter previo por el legislador (un supuesto de laguna normativa), las necesidades de justificación de la sentencia, le imponen al juez la obligación de crear una norma general para amparar o rechazar la demanda; norma general que, como se vio en el ejemplo de las vacaciones maritales, será creada a discreción por parte del juez. Es por esta razón que terminará diciendo: “la separación tajante entre la función del poder legislativo como creador de las normas generales y el poder judicial como mero aplicador de esas normas resulta insostenible. No por la crítica de Kelsen, (...), sino porque los jueces crean también normas generales. Esto no sólo ocurre con los acuerdos plenarios de las cámaras de apelación o ciertas sentencias del tribunal supremo. También los jueces ordinarios se ven obligados a crear normas generales, cuando se enfrentan con casos de lagunas o contradicciones normativas y también en casos de lagunas axiológicas (...)”¹⁷⁹ (el subrayado es mío). Y si ello es así, no cabe duda que, en la posición de Bulygin, subyace una concepción de los jueces como un verdadero “Poder Judicial” pero –y esto es importante– sólo ejercerían ese poder en los supuestos de lagunas normativas. En los demás casos, los

¹⁷⁷ Bulygin, Eugenio. “Los jueces ¿crean Derecho?”. Op. Cit., p. 34.

¹⁷⁸ Como dice en otro momento: “Y en el caso de una laguna normativa el juez no está obligado ni a condenar al demandado, ni a rechazar la demanda; sólo está obligado a resolver el conflicto y lo puede hacer de cualquiera de las dos maneras. De ahí su poder discrecional” (Bulygin, Eugenio. “En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria”. Op. Cit., p. 78).

¹⁷⁹ Bulygin, Eugenio. “Los jueces ¿crean Derecho?”. Op. Cit., p. 35.

jueces actuarían como una especie de “Poder Nulo” en la medida que, al no crear Derecho sino aplicar el producido por el legislador democrático, no estarían imponiendo su propia voluntad.

3.3 La tesis de la determinación “mínima” del Derecho.

Este planteamiento, defendido por Patricia Cuenca, es el más reciente de todos. La autora del mismo sostiene que, a diferencia de todas las posiciones antes vistas (la tesis cognitiva, la escéptica radical y la intermedia), la función judicial constituye un acto “re-productor” y “productor” de derecho a la vez o, lo que es lo mismo, un acto del conocimiento y de la voluntad al mismo tiempo. Efectivamente, de acuerdo con esta posición, el juez como producto de su actividad interpretativa siempre crea la norma jurídica que aplica para resolver la controversia que está en sus manos (a diferencia de la tesis cognitiva que sostiene que nunca lo hace y de la intermedia que afirma que sólo lo hace en los casos de lagunas normativas) pero, según Cuenca, esto no supone asumir que el juez cuente con discrecionalidad “absoluta” para producir Derecho (a diferencia de la tesis escéptica y de la tesis intermedia en lo que a la zona de penumbra se refiere). Y es que, según su planteamiento, sí existirían límites cognoscitivos, es decir, impuestos por el propio Derecho, a la labor interpretativa del juez; límites que determinarán que su función, aún cuando es en gran medida un acto de la voluntad (o de creación), sea al mismo tiempo un acto del conocimiento (o de aplicación). ¿Y cuáles son esos “límites”?, o, mejor aún, ¿de dónde provienen? Para Cuenca esos límites vendrían impuestos por la idea de Derecho como un “sistema” cuya “función” inherente es el control social; concepción que exigiría para ser viable asumir que los enunciados jurídicos son relativamente –o “mínimamente”– determinados (en este planteamiento, como veremos, el sentido literal juega un rol crucial) y, por tanto, que restringen el marco de los posibles significados que válidamente pueden ser atribuidos a una disposición normativa (o texto normativo). Así, pues, ese sentido mínimamente determinado funcionaría como un límite cognoscitivo vinculante para el juez y, luego, una vez que ha operado acotando los posibles significados válidos, recién éste tendrá plena discreción para decidir cuál de todos ellos es el que finalmente aplica. Es así como, para Cuenca, la función judicial es siempre re-productora y productora de Derecho a la vez.

Explicemos con más detalle esta sugerente posición. Lo primero que habría que resaltar es que, tal como se acaba de decir, detrás de este planteamiento –y, por tanto, condicionando al mismo– subyace una concepción sistemática y funcional del Derecho¹⁸⁰. Efectivamente, es esta manera de visualizar el fenómeno jurídico la que,

¹⁸⁰ En el mismo sentido, se pronuncia Rafael de Asís que considera que una real aproximación iuspositivista al Derecho implica considerar al mismo como “un sistema de normas apoyado en la fuerza del Poder político cuya principal función es el control social puesto al servicio de fines diversos” (Asís Roig, Rafael de. *El juez y la motivación en el Derecho*. Op. Cit., p. 35). Del mismo autor, Cfr. “Sobre los

en el razonamiento de Cuenca, exigiría asumir que los enunciados jurídicos presentan un sentido “mínimamente” determinado y, sobre todo, que dicho sentido operaría condicionando la validez jurídica de las posibles interpretaciones que el juez, en uso de su voluntad, pudiera realizar. Es más, la propia autora, deja claro que su posición está conectada a –o es tributaria de– dicha manera de observar el fenómeno jurídico. Así, por ejemplo, dirá que “(...) la contemplación del Derecho como un sistema normativo cuya función inherente consiste en la regulación de las conductas humanas en sociedad requiere, cuando menos, afirmar la relativa determinación de los enunciados jurídicos y defender su relevancia en cualquier operación de creación y aplicación normativa y, consecuentemente, impone la adopción de una toma de postura en el ámbito de la interpretación jurídica coherente con estas exigencias”¹⁸¹. Claramente, pues, la aproximación sistemática y funcional al fenómeno jurídico está en la base de la tesis de la relativa determinación del Derecho defendida por Cuenca.

Esta centralidad de la concepción sistemática y funcional del Derecho en el razonamiento de Cuenca, se aprecia en toda su plenitud cuando utiliza la misma –entre otras razones– para rechazar la tesis escéptica de la interpretación. Y es que, para la autora, asumir que el Derecho es absolutamente indeterminado (como sostiene el escepticismo radical) hace imposible caracterizar al mismo como un conjunto unitario, coherente y pleno de normas (un sistema) que persiguen el control de las conductas humanas (su función). Efectivamente, para Cuenca, el planteamiento escéptico radical: (i) “impide la reconstrucción de la unidad del Ordenamiento a partir de la idea de jerarquía normativa y de la noción sistemática de validez, consistente en la conformidad de las norma inferiores con las normas superiores del sistema”¹⁸²; (ii) “deja sin sentido al rasgo de la plenitud del Ordenamiento” porque, en él, “carece de importancia sostener que el Derecho es capaz de ofrecer una respuesta a todos los casos que se le plantean, si tales respuestas son absolutamente indeterminadas”¹⁸³; (iii) convierte en irrelevante “el deber de coherencia de las normas inferiores con los contenidos de las normas superiores” ya que, desde el escepticismo radical, “la constatación de la presencia de una incompatibilidad entre las normas (...) se convierte en una cuestión eminentemente subjetiva y los criterios de resolución de antinomias, al considerarse indeterminados, resultan inservibles en este contexto”¹⁸⁴; y (iv) “pone en tela de juicio su viabilidad [del Derecho] como técnica normativa de regulación de comportamientos, al convertir sus mandatos en inútiles o en

rasgos de lo jurídico”. En: *El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 635-647.

¹⁸¹ Cuenca Gómez, Patricia. *El sistema jurídico como sistema normativo mixto: la importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*. Madrid: Dykinson, 2008, p. 307. Reitera esta idea, en otro momento, de la siguiente forma: “La consideración de que los enunciados jurídicos tienen un significado, al menos, relativamente determinado susceptible de condicionar su interpretación y aplicación resulta crucial, no sólo para la operatividad efectiva de la dimensión estática del sistema jurídico, sino también para la propia consistencia de la visión del Derecho como un sistema normativo que tiene como principal función la regulación de los comportamientos sociales” (Cuenca Gómez, Patricia. Op. Cit., p. 423).

¹⁸² Ibid., p. 310.

¹⁸³ Ibid., p. 312.

¹⁸⁴ Ibid., pp. 312-313.

innecesarios” porque, como es lógico suponer, éste “sólo puede operar como factor relevante de ordenación de las conductas sociales si puede ser comprendido “más o menos del mismo modo” por quienes lo usan, y, por tanto, si sus normas tienen un significado, al menos, relativamente determinado”¹⁸⁵. Es por ello que, para la autora, el planteamiento escéptico radical no es el que se corresponde con una concepción sistemática y funcional del Derecho (que, por cierto, es la que ella defiende) y, como tal, debe ser descartado.

No obstante, y esto también debe ser resaltado, para Cuenca, la defensa de la concepción sistemática y funcional del Derecho, si bien supone rechazar la tesis escéptica de la indeterminación absoluta de los enunciados jurídicos, no supone aceptar el planteamiento contrario, es decir, la tesis cognitiva de la total determinación del Derecho. Y es que, tal como acertadamente resalta, dado que el lenguaje jurídico (el lenguaje de la normas) se manifiesta a través del lenguaje natural (el lenguaje por medio del cual se comunican las personas), aquél presenta los mismos problemas de ambigüedad, vaguedad y emotividad que aquejan a éste¹⁸⁶; rasgos que imposibilitarán la total determinación del lenguaje jurídico tal como pretende la tesis cognitiva... pero, en sus propias palabras, “en modo alguno suponen su absoluta indeterminación” (como asume la tesis escéptica) toda vez que “se trata, más bien, de problemas que conducen a subrayar la relativa indeterminación (o la relativa determinación) de los enunciados jurídicos en tanto, al igual que sucede en el caso del lenguaje natural, dificultan pero no impiden el éxito de los procesos de comunicación jurídica”¹⁸⁷. Así, pues, en la lógica de Cuenca, así como la frase “Ernesto le compró a Berenice una docena de rosas”, aun cuando puede significar que “Ernesto le compró a Berenice, la vendedora de flores, una docena de rosas” o que “Ernesto compró para Berenice, su novia, una docena de rosas”, no impide comunicar el hecho de que “Ernesto compró una docena de rosas”; del mismo modo, una expresión jurídica del tipo “el que causa lesiones graves a otro será sancionado con pena privativa de libertad”, aun cuando “causar lesiones graves” puede ser interpretado de diversas maneras, no evita comunicar el hecho de que la conducta “causar lesiones graves” está “sancionada con pena privativa de libertad”. De esta forma, en este planteamiento, el lenguaje jurídico – al igual que el lenguaje natural– ni es totalmente indeterminado ni es totalmente determinado. Sería, pues, como dice la autora, “relativamente” determinado (o indeterminado). Tan sólo eso sería lo que exigiría la concepción sistemática y funcional del Derecho¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Cuenca Gómez, Patricia. Op. Cit., p. 313.

¹⁸⁶ Cfr. Ibid., pp. 317-320. Para la autora, “la ambigüedad es un fenómeno lingüístico que consiste en la posibilidad de asociar una misma forma fonética a más de un significado; la vaguedad obedece a la indeterminación de los criterios de aplicación de un término o expresión y supone una imprecisión en la definición de los confines de su significado; y la emotividad deriva del carácter valorativo de algunos términos y expresiones” (Ibid., pp. 319-320).

¹⁸⁷ Ibid., p. 320.

¹⁸⁸ La idea de la determinación mínima del Derecho, como una exigencia derivada de la concepción sistemática y funcional del Derecho, también es defendida por Rafael de Asís quien, bajo esas coordenadas, dirá que no es posible hablar de “sometimiento al Derecho” si es que no se maneja una

Una vez sentada la centralidad de la concepción sistemática y funcional del Derecho, y su correspondiente tesis sobre la determinación relativa de los enunciados jurídicos, Cuenca pasa a tomar posición en torno al problema del concepto (estricto o amplio) y de la concepción (cognitiva, escéptica o intermedia) más adecuada sobre la interpretación judicial. Para la autora, la visión sistemática y funcional del Derecho y su correspondiente tesis de la relativa determinación del mismo, exigen asumir un concepto amplio de interpretación pero “moderado” y, por lo tanto, defender una concepción alternativa a las tres clásicas: la interpretación no sería un acto puramente del conocimiento o de la razón como pretende la tesis cognitiva, tampoco sería un acto puro de la voluntad como afirma el escepticismo radical, y mucho menos un acto “a veces del conocimiento, a veces de la voluntad” como se desprende de la tesis intermedia, sino que siempre sería un acto del conocimiento y de la voluntad a la vez o, lo que es lo mismo, un acto donde la voluntad del juez tiene mucho margen de maniobra pero que, no por eso, se encuentra libre de ciertos límites a su poder discrecional, los mismos que finalmente le darán al acto de interpretación una base cognitiva o racional¹⁸⁹.

Profundicemos en este punto. Como se dijo, la autora defiende un concepto amplio pero “moderado” de interpretación. Ello es así porque si bien entiende que el momento interpretativo es siempre previo a cualquier operación aplicativa y que las normas jurídicas son el producto de ese acto de interpretación, también sostiene que la validez del mismo “no depende en exclusiva, ni de la voluntad del intérprete, ni de parámetros objetivos que éste puede descubrir más allá de la normatividad jurídica”, sino que estará condicionada tan sólo por “el sentido relativamente determinado de los enunciados jurídicos que les sirven de referente”¹⁹⁰. En síntesis, es un concepto de interpretación “amplio” porque, siendo coherente con la idea de que el lenguaje jurídico es relativamente in-determinado, afirma que la interpretación es el paso necesario y previo a la aplicación en cualquier supuesto (y no sólo en los casos dudosos o “difíciles”) pero es a la vez “moderado” porque, siendo coherente con la tesis de la determinación mínima del Derecho, no entiende que ese proceso está signado única y exclusivamente por la voluntad del intérprete. La “moderación” en este planteamiento consiste, pues, en resaltar los aspectos cognitivos que, para Cuenca, rodearían también el proceso de interpretación normativa, los mismos que vendrían impuestos por “el sentido relativamente determinado de los enunciados jurídicos”. Es por esta razón que antes de hablar de “textos normativos” y de “normas jurídicas” tal como se hace en el escepticismo radical para referirse respectivamente al objeto de interpretación y al producto de la misma, Cuenca, siguiendo a Prieto Sanchís, hablará de “normas-dato” y “normas-producto” o “normas-resultado” para dejar claro que, en

concepción del mismo como un “sistema de normas mínimamente determinado” (Asís Roig, Rafael de. *El juez y la motivación en el Derecho*. Op. Cit., p. 60).

¹⁸⁹ Cfr. Cuenca Gómez, Patricia. Op. Cit., pp. 333-337.

¹⁹⁰ Ibid., p. 409.

su opinión, la interpretación “incorpora siempre una dimensión volitiva, pero no implica sostener ni que las “normas dato” sean creadas por el intérprete, ni que no limiten el elenco de “normas-resultado” que cabe establecer a partir de ellas”¹⁹¹.

Es a partir de este concepto amplio “débil” de interpretación que la autora presenta la concepción alternativa que ella defiende, a saber, que la interpretación es siempre un acto del conocimiento y de la voluntad a la vez. Efectivamente, para ella, “la interpretación no consiste (...) ni en descubrir significados preexistentes, ni en crearlos ex novo en sede interpretativa”¹⁹²; es decir, no es un acto puro del conocimiento ni un acto puro de la voluntad. La interpretación, en su concepción, es un acto en el que “se combinan dimensiones cognoscitivas (o racionales) y dimensiones volitivas” y, por ende, “tanto la razón como la voluntad actúan en las operaciones interpretativas”¹⁹³. Y si ello es así, en su planteamiento, la interpretación viene a ser un acto donde la voluntad del intérprete (por ejemplo, el juez) estará acotada o limitada por elementos cognitivos o racionales. Es por ello que contundentemente dirá que “la interpretación es siempre el resultado de una decisión nunca absolutamente discrecional”¹⁹⁴; es decir, siempre será el resultado de un acto de la voluntad pero, ese acto de la voluntad, nunca estará absolutamente desvinculado de elementos cognoscitivos.

Explicemos con más detalle lo señalado en el párrafo precedente. Este planteamiento es tributario de Kelsen y toma de él, sobre todo, la idea de que todo proceso de interpretación parte de un “marco” no sujeto a la voluntad del intérprete y que, por ello mismo, acota los posibles significados que éste, en uso de su voluntad, pudiera asignar válidamente¹⁹⁵. Es decir, para la autora, tal como sostenía Kelsen, será el mencionado marco el que se constituirá en el límite cognoscitivo o racional al poder discrecional del juez¹⁹⁶. ¿Cuál es, pues, ese marco?, y, sobre todo, ¿qué significados son los que excluye? La posición que defiende Cuenca es que “los significados que el marco excluye son aquellos que se enfrentan con el lenguaje de las normas y con la idea de sistema”¹⁹⁷, lo que invariablemente quiere decir que ese marco está compuesto por el lenguaje relativamente determinado de la “norma-dato” y por el “sistema” en el cual la misma se inserta. Esta manera de enfocar el fenómeno interpretativo, encuentra apoyo en la tesis de Kelsen sobre la interpretación. Tal como explica Cuenca, en la doctrina de Kelsen el lenguaje relativamente determinado de las normas y la concepción sistemática del Derecho también aparecen como límites

¹⁹¹ Cuenca Gómez, Patricia. Op. Cit., p. 411. Sobre esta diferenciación, véase: Prieto Sanchís, Luís. *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*. Lima / Bogotá: Palestra / Temis, 2005, p. 172.

¹⁹² Cuenca Gómez, Patricia. Op. Cit., p. 411.

¹⁹³ Ibid., pp. 411-412.

¹⁹⁴ Ibid., p. 409.

¹⁹⁵ Cfr. Ibid., pp. 413-416. Asimismo, Cfr. Kelsen, Hans. Op. Cit., pp. 166-167.

¹⁹⁶ Guastini explica que la teoría de Kelsen sobre la interpretación parte de subrayar que “cada texto normativo ofrece a los intérpretes no ya una sola posibilidad de interpretación, sino un “marco” de múltiples interpretaciones diversas, igualmente posibles o admisibles” y, por tanto, que “constituye interpretación científica —o cognitiva— el conocimiento de tales significados” (Guastini, Riccardo. “Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación”. Op. Cit., p. 166, foot note 43).

¹⁹⁷ Cuenca Gómez, Patricia. Op. Cit., p. 416.

racionales a la labor interpretativa; límites que actuarían –y se agotarían– delimitando el marco de significados semántica y sistemáticamente posibles, dentro de los cuales el juez –y acá aparece el aspecto volitivo del asunto– tendrá plena libertad para elegir. En Kelsen, pues, los patrones cognoscitivos se agotarían en el establecimiento del “marco interpretativo” y recién dentro del mismo la actividad interpretativa pasaría a ser un acto puramente volitivo donde los juicios morales y políticos tendrían mucho que decir¹⁹⁸.

Como es fácil de deducir, Cuenca está de acuerdo con esta posición pero, a diferencia de Kelsen, cree que sí es posible analizar racionalmente la elección discrecional del intérprete dentro del marco y, como tal, entiende que la argumentación juega un rol relevante en la actividad interpretativa. Para ella, “la decisión interpretativa ha de ser legal, esto es, ha de situarse dentro del marco del Ordenamiento jurídico pero, además, debe ser racional y por racionalidad se entiende en este contexto la justificación de la decisión a través de la norma aplicada, de los razonamientos, y de las valoraciones”¹⁹⁹. Así, pues, en la lógica de Cuenca, habría dos tipos de límites a la decisión interpretativa: aquéllos que se proyectan sobre su legalidad y aquéllos que se proyectan sobre su racionalidad; aunque, y esto también lo deja claro, solamente los primeros se desenvolverían en el plano de la “validez” (excluyendo determinados significados); mientras que los segundos tan sólo harían referencia a la justificación de la decisión interpretativa y, por ende, se situarían en el plano de la “corrección” (orientando, mas no excluyendo, la elección entre los significados admisibles o válidos)²⁰⁰. Dicho en otros términos, el marco interpretativo, compuesto por el lenguaje relativamente determinado de la “norma-dato” y por el “sistema” en el cual la misma se inserta, según Cuenca, operaría delimitando los sentidos que legal o válidamente el juez puede decidir atribuir o asignar a la “norma-dato” a los efectos de construir la “norma-producto”²⁰¹. A contrario sensu, lo que está queriendo decir es que si el juez opta por un sentido que contradice el mencionado marco, entonces su resolución habría excedido los límites “legales” que se le imponen y, como tal, la misma devendría, no en incorrecta, sino en “inválida”... sin alterar en nada esta ecuación, como veremos en un momento, el hecho de que el órgano judicial que emitió dicha resolución tenga o no el poder de decir la “última palabra”.

Hasta acá está claro que, para Cuenca, en el Derecho habrían dos elementos cognoscitivos que operarían estableciendo un marco de validez interpretativa del cual

¹⁹⁸ Cfr. Cuenca Gómez, Patricia. Op. Cit., pp. 417-419.

¹⁹⁹ Ibid., p. 422.

²⁰⁰ Cfr. Ibid., p. 422.

²⁰¹ Rafael de Asís también entiende que una concepción sistemática y funcional del Derecho exige asumir que no toda producción normativa en sede judicial es válida. Como se verá en el siguiente punto, ello sería así porque, según este autor, la concepción sistemática y funcional que él defiende exige asumir que las normas, para ser jurídicas, (i) deben ser coherentes con el “sistema” del que forman parte, (ii) deben estar respaldadas por el poder político y (iii) deben estar destinadas a ejercer el control social. Es decir, deben cumplir con lo que él denomina como los “rasgos de lo jurídico”, los mismos que, lógicamente, se convertirán en un límite infranqueable para la discrecionalidad judicial (Cfr. Asís Roig, Rafael de. *El juez y la motivación en el Derecho*. Op. Cit., pp. 38-50).

el juez no es libre de escapar: (i) el lenguaje relativamente determinado de la “norma-dato” y (ii) el “sistema” en el cual la misma se inserta. Pues bien, para Cuenca, ese sentido relativamente determinado que tendría el Derecho, se identifica plenamente con el “significado literal” que se desprendería de los términos lingüísticos en los que está expresada la norma-dato. En sus propias palabras: “La tesis de la determinación mínima se fundamenta en la posibilidad de asignar a toda disposición jurídica un significado literal y en las notas que lo caracterizan. Tales rasgos revelan que el significado literal opera en todos los casos como base de la interpretación jurídica, (...), y que se erige siempre, o para ser más exactos casi siempre, en un límite irrebasable para la voluntad del intérprete excluyendo la admisibilidad de ciertos resultados interpretativos”²⁰². De esto se deduce que, para ella, será el sentido literal de la norma-dato, uno de los límites cognoscitivos o racionales que operarán condicionando la validez de la decisión interpretativa que el juez finalmente adopte. En pocas palabras, el significado literal, en el planteamiento de Cuenca, será uno de los límites cognitivo-racionales “de legalidad” insuperables para la voluntad del juez. Frente a una conclusión como la señalada, dos preguntas se imponen: ¿por qué es el significado literal de la norma-dato, y no otro, el sentido mínimamente determinado que delimita el marco interpretativo del juez?, y, muy vinculada a la anterior, ¿en qué medida el mismo no depende de la voluntad del juez que lo utiliza y, por tanto, se constituye en un límite cognoscitivo infranqueable a su discreción? La respuesta a estas preguntas, en Cuenca, pasa por demostrar la relevancia o centralidad de la literalidad de las palabras, oraciones, frases, párrafos, etc., a los efectos de viabilizar la comunicación lingüística en general y la jurídica en particular. ¿Tiene, pues, el significado literal esa centralidad que reclama Cuenca? La autora dirá que sí.

Efectivamente, haciendo frente a una serie de teorías sobre el significado que centran su atención en el contexto en el que se desempeña la comunicación antes que en la literalidad de las palabras que se utilizan²⁰³, Cuenca dirá que “(...), todas estas concepciones al disolver, de manera más o menos directa, el significado en factores contextuales convierten en indescifrables los mecanismos de funcionamiento del lenguaje general y del Derecho en particular. Ciertamente, sólo desde la asignación al significado literal de un papel teórico relevante y desde la defensa de su prioridad lógica frente a estos significados “contextuales”, es posible explicar el éxito general que logra alcanzar el lenguaje en la realización de su función comunicativa del que depende, en un sentido esencial, la capacidad del Derecho para regular eficazmente las conductas humanas en sociedad”²⁰⁴. Ello es así porque, siguiendo a Schauer, la autora sostendrá que la viabilidad de la comunicación lingüística en general radica en la “autonomía semántica del lenguaje”, es decir, en la capacidad de los significantes lingüísticos –palabras, frases, oraciones, párrafos, etc.– para transmitir una serie de significados al margen de las intenciones que persiguen los interlocutores al utilizarlos

²⁰² Cuenca Gómez, Patricia. Op. Cit., pp. 409-410.

²⁰³ Cfr. Cuenca Gómez, Patricia. Op. Cit., pp. 424-428.

²⁰⁴ Ibid., pp. 428-429.

y de los contextos en el que éstos los utilizan. Es decir, es el simple hecho de que cada palabra o conjunto de palabras contiene un significado propio, comúnmente compartido por los participantes del proceso de comunicación, el que posibilita la comunicación lingüística²⁰⁵. Y, precisamente, en Cuenca, ese significado comúnmente compartido, no es otro que el significado literal.

Para la autora, el significado literal “es el sentido que un enunciado expresa para cualquier hablante de la lengua en virtud de las reglas sintácticas y semánticas de dicha lengua”²⁰⁶. Es decir, el sentido literal de un texto es el que se desprende del significado de las palabras o de los enunciados lingüísticos utilizados (semántica) y de la forma en que éstos han sido ordenados gramaticalmente para expresar una idea (sintaxis); sentido que, al estar condicionado únicamente por las reglas pre-fijadas de utilización de un lenguaje determinado, será completamente autónomo de la voluntad de los participantes del proceso de comunicación y del contexto en que el mismo se desarrolla (aunque, claro, la comunicación como proceso no es autónoma de las intenciones de los interlocutores ni mucho menos del contexto en el que la misma se realiza). Y si ello es así, para Cuenca, es evidente que el significado literal de los enunciados cumple un rol central en el proceso de comunicación lingüística: es el que hace posible que los hablantes de una misma lengua se comprendan entre sí. Dicho en otros términos, para ella, al ser el sentido literal el significado que se desprende de aplicar a un texto las reglas semánticas y sintácticas comúnmente compartidas, sin él simplemente sería imposible siquiera dar inicio al proceso de comunicación: si nos comunicamos es porque compartimos dichas reglas lingüísticas pre-fijadas que, al utilizarse, dan como resultado el sentido literal²⁰⁷. Así, pues, en Cuenca, no cabe duda de la relevancia o centralidad que el significado literal de las palabras, oraciones, frases, párrafos, etc., tiene a los efectos de viabilizar la comunicación lingüística en general. Simplemente, es el sentido que nos permite comprendernos o entendernos y, por supuesto, discriminar un uso correcto de un uso incorrecto del lenguaje. Es por ello que terminará señalando lo siguiente: “(...) existe un significado literal de los enunciados y (...) tal significado opera como fundamento de la comunicación y de la comprensión lingüística y como parámetro para determinar la corrección de la actuación de los usuarios del lenguaje”²⁰⁸.

Ahora bien, para Cuenca, dado que el lenguaje jurídico se expresa por medio del lenguaje natural, la centralidad del sentido literal en la comunicación lingüística en general, también se hará presente en el proceso de comunicación jurídica en particular. Así, pues, afirmará que el significado literal “(...) asume dos funciones básicas en la interpretación jurídica: opera como punto de partida ineludible de la interpretación como actividad y como límite infranqueable de la interpretación como

²⁰⁵ Cfr. Cuenca Gómez, Patricia. Op. Cit., p. 429.

²⁰⁶ Ibid., p. 430.

²⁰⁷ Cfr. Ibid., pp. 430-438.

²⁰⁸ Ibid., pp. 437-438.

resultado controlando, en cierto sentido, su punto de llegada²⁰⁹. Es decir, según Cuenca, en el proceso de pasar de la norma-dato a la norma-resultado, el significado literal de la primera, de un lado, será la base irremediable sobre la cual operará todo el proceso de interpretación normativa (el punto de partida) y, de otro, será el límite negativo que establecerá lo que válidamente no puede llegar a significar un enunciado jurídico (el punto de llegada). Dicho en otros términos, en la posición defendida por Cuenca, el sentido literal, al depender tan sólo de las reglas semánticas y sintácticas pre-fijadas por la comunidad lingüística, de un lado, será el primer significado que lógicamente se le revelará al juez y, de otro, fijará por exclusión lo que de ninguna manera podrá llegar a significar un enunciado jurídico. Veamos por separado cada una de las funciones que cumpliría, en el ámbito de la interpretación jurídica, el significado literal de los enunciados jurídicos.

Para sostener que el significado literal opera como punto de partida, Cuenca dirá que es éste, y no otro, el que permite diferenciar un enunciado o una expresión lingüística dotada de sentido “de una sucesión casual de sonidos o de signos gráficos” y, por tanto, “establecer que tal enunciado expresa una norma”²¹⁰. Vale decir, sería el punto de partida del proceso de interpretación normativa porque, sin él, el intérprete (el juez) ni siquiera sabría que está al frente de un enunciado jurídico. El significado literal es, pues, el que le permite al juez identificar que un determinado conjunto de signos lingüísticos, ordenado según las reglas semánticas y sintácticas, al menos, expresa una disposición normativa. Pero no sólo eso, como el sentido literal depende sólo de las reglas del lenguaje y no de la voluntad del que lo utiliza, para Cuenca, es evidente que éste “preexiste a cualquier operación interpretativa y es susceptible de ser “descubierto” por los intérpretes que conocen, manejan y comparten tales reglas” y, como tal “puede ser contemplado, ciertamente, como el significado propio o intrínseco de los enunciados jurídicos”²¹¹. En ese sentido, sería el punto de partida, no porque el juez así lo decida, sino porque sería el sentido que, de acuerdo con las reglas del lenguaje natural, pre-existe a la misma labor de interpretación y, como tal, acceder al mismo no supondrá un acto de la voluntad sino uno del conocimiento. Por ejemplo, de una disposición que dice “está prohibido aparcar vehículos en las plazas”, lo primero que saltará a la vista del intérprete es que, según las reglas semánticas y sintácticas de la lengua castellana, no está permitido a las personas aparcar sus vehículos en los espacios públicos llamados “plazas”, aunque luego, utilizando otros criterios de interpretación, tendrá que determinar si el significante llamado “vehículos” se está refiriendo sólo a los automóviles o si también incluye, por ejemplo, a las bicicletas. Por tanto, para Cuenca, cabe sostener que “la interpretación jurídica siempre arranca y toma como base el significado literal y, consecuentemente, el recurso al criterio literal resulta imprescindible precediendo al uso de cualquier otra técnica interpretativa”²¹².

²⁰⁹ Cuenca Gómez, Patricia. Op. Cit., p. 438.

²¹⁰ Ibid., p. 438.

²¹¹ Ibid., pp. 438-439.

²¹² Ibid., pp. 439-440.

Una vez sentado que el significado literal es el punto de partida de todo proceso de interpretación jurídica porque ningún otro método sería posible sin él, Cuenca pasa a explicar por qué, a su criterio, “el significado literal opera como un límite negativo a las opciones interpretativas válidas”²¹³. Ello es así porque, según la autora, si bien es cierto que el juez puede optar por otros métodos de interpretación que para él son más convenientes, también lo es que el producto interpretativo que finalmente obtenga, para que sea válido, no podrá estar totalmente enfrentado con el significado que se desprende de utilizar las reglas lingüísticas pre-fijadas. Así, en el ejemplo anterior, el juez podría llegar a la conclusión que el significante “vehículo” sólo se refiere a los automóviles –y, por tanto, permitir a las personas dejar sus bicicletas en las plazas– pero, en la lógica de Cuenca, lo que jamás podría hacer válidamente es decir que está “permitido” aparcar vehículos en las plazas. Este último significado, entonces, vendría a ser una opción proscrita para el juez ya que, de elegir el mismo, su operación sería considerada arbitraria o, incluso, abiertamente ridícula²¹⁴. Y es que, para Cuenca, “todo texto jurídico admite siempre “una pluralidad indeterminada de interpretaciones” pero “ningún texto admite cualquier interpretación”, dado que las reglas, usos y hábitos vigentes en una determinada comunidad lingüística “consienten una cierta gama de posibles interpretaciones y al mismo tiempo excluyen otras” que aparecen “como improponibles o como intolerables”²¹⁵. De esta forma, el significado literal funcionaría como un límite negativo porque es muy posible que no diga qué es lo que un enunciado jurídico dice, pero sí llega a establecer qué es lo que no puede decir. Consecuentemente, según este planteamiento, el significado literal al establecer el marco de interpretaciones válidas, excluye por inválidas todas aquellas que están fuera del mismo. Es por ello que Cuenca terminará diciendo que “(...) las decisiones interpretativas válidas pueden no tomar en consideración la intención del legislador o los fines de la ley etc., pero no pueden atribuir a los enunciados jurídicos un significado en total contraste con el significado literal que ellos expresan”²¹⁶.

Ahora bien, ¿y qué pasa si es el “último” órgano jurisdiccional el que atribuye un significado contra-literal a un enunciado jurídico? Para Cuenca, este elemento que está presente en todos los ordenamientos jurídicos (no existe sistema jurídico que no tenga un órgano de cierre), no altera en absoluto lo señalado en el párrafo precedente. Y es que, para ella, “(...) el significado literal limita las decisiones interpretativas válidas con independencia de quién sea el órgano que interpreta y de cuál sea el título de legitimidad que ostente”²¹⁷ (el subrayado es mío). Dicho en otros términos, en el planteamiento de Cuenca, la validez o invalidez de una decisión interpretativa –y, por ende, del fallo judicial correspondiente– es algo que no depende en absoluto del

²¹³ Cuenca Gómez, Patricia. Op. Cit., p. 446.

²¹⁴ Cfr. Ibid., pp. 443-445.

²¹⁵ Ibid., p. 445.

²¹⁶ Ibid., p. 447.

²¹⁷ Ibid., p. 452.

órgano que la declara. El último órgano jurisdiccional, pues, tampoco podría hacer decir al Derecho algo que vaya en contra de su sentido literal o, lo que es lo mismo, mínimamente determinado. Consecuentemente, para Cuenca es muy posible que exista, al menos teóricamente, una resolución judicial definitiva (por irrevocable) pero jurídicamente inválida (algo que intuitivamente, al menos para mí, suena contradictorio)²¹⁸. Sin duda, lo señalado en este párrafo se engarza con la idea defendida por Cuenca de que el Derecho es, en última instancia, un sistema normativo “mixto” (es decir, un sistema en el que incluso la validez de la actuación del último órgano judicial está sujeta a su conformidad con criterios tanto materiales como formales); asunto al que me referiré sólo tangencialmente al momento de efectuar la crítica correspondiente a este planteamiento (no es mi intención, por el momento, defender un planteamiento opuesto).

No se puede terminar esta explicación de la tesis de Cuenca sin mencionar el papel que cumple el criterio de interpretación sistemático. Como se dijo, Cuenca entiende que el marco de validez interpretativa está compuesto por el sentido mínimamente determinado de los enunciados normativos y por el sistema en el cual los mismos se insertan. Pues bien, la conformidad con este último será el único criterio que autorizará, en la posición que se está estudiando, a abandonar la centralidad del criterio literal: “(...), el criterio sistemático, opera, al igual que el literal, en un sentido positivo, como criterio guía de las decisiones interpretativas, sirviendo de inspiración en la atribución de significado, y en un sentido negativo, como criterio límite, excluyendo la validez de determinados significados. De nuevo, mientras que su operatividad en el primer sentido resulta contingente, el criterio sistemático sirve de límite a cualquier interpretación, impidiendo atribuir a un enunciado jurídico un significado contradictorio con el significado de enunciados de rango superior. (...), la apelación a la idea de sistema es el único argumento que puede justificar, (...), que se adjudique a un enunciado un significado enfrentado con su tenor literal”²¹⁹. Así, pues, dado que el Derecho es un sistema jerarquizado, el marco válido de interpretación no sólo debe atender a la literalidad de la norma-dato sino también al hecho de que la misma, al formar parte de un sistema, no puede contradecir válidamente a la literalidad de las normas-dato que se ubican en un grado jerárquico superior (no tomar en cuenta este elemento sería fatal para la concepción sistemática del Derecho que, como vimos, ocupa un lugar privilegiado en el razonamiento de Cuenca). En ese sentido, también estará excluido del marco interpretativo aquel sentido que, aun cuando sea el literal, no sea compatible con el sentido literal de las normas superiores. Es por ello que, en el razonamiento de Cuenca, solamente es la idea de sistema la que puede justificar como válida una actuación judicial basada en una interpretación “contra-literal”, siempre que la misma haya sido necesaria para garantizar el orden jerárquico del sistema.

²¹⁸ Como se verá en el punto 4.2.2 siguiente, ésta también es la posición de Moreso.

²¹⁹ Cuenca Gómez, Patricia. Op. Cit., p. 447-448.

En resumen, la tesis de la determinación mínima del Derecho plantea que los jueces, al momento de desempeñar sus funciones, llevan a cabo un acto del conocimiento y de la voluntad a la vez. Será un acto cognitivo porque el sentido literal de las “normas-dato” y el sistema en el cual las mismas se insertan, le exigirá al juez “descubrir” cuál es el marco interpretativo del cual válidamente no se podrá apartar. Pero, y por eso es también un acto de la voluntad, dentro de ese marco tendrá plena discreción para “decidir” qué sentido es el más adecuado para resolver la controversia que está en sus manos. Es decir, su actividad solamente estará sujeta a reglas pre-existentes al momento de fijar el marco interpretativo (las reglas lingüísticas que, en el planteamiento de Cuenca, se transforman en reglas jurídicas en tanto operan en el plano de la “legalidad” o de la “validez”) pero, una vez hecho esto, no tendrá más límite que su propia discreción para construir la “norma-producto” que estará en la base del silogismo jurídico (recuérdese que, para la autora, en este nivel solamente operan criterios racionales de “corrección”). Y si ello es así, entonces, no cabe duda de que se está frente a un planteamiento que asume que los jueces, sólo dentro del marco interpretativo, actúan con discreción en sentido “fuerte”. En ese sentido, de la posición de Cuenca se deduce que los órganos jurisdiccionales sí constituyen un real “Poder Judicial” pero sólo en la medida que tienen discreción fuerte para crear la “norma-resultado” que finalmente aplicaran (al hacer esto imponen su propia voluntad), aunque –y esto también habría que resaltarlo– no por eso dejarían de estar sujetos a la voluntad democrática del legislador (constitucional y legislativo) toda vez que, según Cuenca, siempre estarán sometidos al sentido literal y sistemático expresado en la “norma-dato” (y, al hacer esto, imponen también la voluntad democrática expresada en la Constitución y en la Ley).

4. El alcance del poder de los jueces: la apuesta por el planteamiento realista.

A lo largo de los puntos 2 y 3, se han presentado una serie de planteamientos sobre la interpretación judicial que, como se ha mostrado, tienen un correlato sobre la caracterización de los jueces y tribunales en términos de “poder”. Efectivamente, como se ha visto, (i) la tesis cognitiva determinista del positivismo decimonónico presupone una concepción del juez como un poder “nulo”; (ii) las tesis cognitivas de Dworkin y de Atienza, por su parte, implican una concepción del juez como un poder pero “débil”; (iii) la tesis escéptica del realismo estadounidense, por el contrario, trae como consecuencia una concepción siempre “fuerte” –e ilimitada– del poder del juez; (iv) la tesis intermedia de Hart y Bulygin, en cambio, exige asumir una concepción a veces “fuerte” a veces “débil” –o, incluso, “nula”– del poder de los jueces; y (v) la tesis de la determinación “mínima” del Derecho presupone una concepción “fuerte” del poder de los jueces pero –y esto es clave– que actúa siempre sobre la base de ciertos límites cognitivos o que no dependen de la voluntad del juez (los sentidos literal y sistemático de los enunciados jurídicos). Pues bien, ¿cuál de todas ellas es la más adecuada o la

que mejor explica los alcances del poder de los jueces? Corresponde, entonces, en este punto evaluar las críticas que se han formulado a las tesis presentadas en el acápite precedente y, como tal, tomar posición en torno al problema del alcance de los poderes de los órganos judiciales.

La idea que se va a tratar de defender es que los jueces *siempre* actúan *sólo* con discreción en sentido fuerte y, por tanto, que la mejor explicación sobre lo que éstos de hecho hacen –o pueden hacer–, al momento de resolver controversias sobre la base de normas jurídicas, sigue siendo la tesis realista sobre la interpretación judicial. Es decir, se va a sostener que los jueces, en contra de lo presupuesto en la concepción tradicional de la democracia, sí se constituyen en un “poder” real en la medida que, en virtud de la necesidad de interpretar los respectivos enunciados jurídicos, siempre terminan imponiendo su propia voluntad o, lo que es lo mismo, que *siempre* actúan *sólo* con discreción *fuerte* (no existen, pues, límites cognoscitivos o, si se quiere, valores de verdad para los enunciados interpretativos). Antes de empezar, como cuestión previa, es conveniente dejar anotados los presupuestos metodológicos desde los cuales se va a efectuar la crítica correspondiente a las posiciones estudiadas y, por tanto, que estarán detrás del planteamiento que al final de este punto se va a defender.

4.1 Un intento de aproximación neutral, a-valorativa y descriptiva al problema del poder de los jueces.

El primer problema que aparece al momento de abordar la cuestión de la discreción de los jueces es de índole epistemológico. Efectivamente, ¿cómo abordar este problema?, ¿bajo qué premisas metodológicas es conveniente aproximarse al mismo?, son preguntas que necesariamente deben ser resueltas antes de empezar esta empresa. Y es que, como se verá en su momento, en virtud de que se asuman unas u otras premisas metodológicas, se puede llegar a conclusiones abiertamente distintas. En mi opinión, una aproximación adecuada a este problema requiere asumir como guía metodológica las siguientes premisas: (i) una cosa es lo que los tribunales hacen con los enunciados normativos y otra muy distinta es establecer qué deberían hacer éstos con los mismos²²⁰; (ii) una cosa es lo que los jueces dicen hacer (“aplicar el Derecho”) y otra bien diferente lo que realmente hacen (“crear nuevo Derecho”)²²¹; y

²²⁰ Como señaló Karl Llewellyn, todos los integrantes del movimiento realista estadounidense asumieron “el divorcio *temporal* entre el “Ser” y el “Deber ser” para los fines de la investigación” y, como tal, sostuvieron que “durante la investigación misma del “Ser”, la observación, la descripción y el establecimiento de las relaciones entre las cosas descritas deben permanecer *en la mayor medida posible* incontaminados por los deseos del observador o por lo que le gustaría que fuera o lo que piensa que (éticamente) debería ser”. Y, en lo que me interesa, “esto exige el esfuerzo de no tomar en consideración, durante el estudio de lo que los tribunales hacen, la cuestión de lo que deben hacer” (Llewellyn, Karl. “Algo de realismo sobre el realismo: respondiendo al Decano Pound”. Traducción de José Ignacio Solar Cayón. En: EUNOMÍA. Revista de la cultura de la legalidad, N° 2, marzo – agosto 2012, pp. 203-204).

²²¹ Esta afirmación corresponde a Rafael Escudero y forma parte de la serie de argumentos que utiliza para refutar la tesis, defendida por el llamado positivismo “incluyente”, de que el poder del juez para crear

(iii), a los efectos de identificar el Derecho existente en un momento determinado (el Derecho “válido”), carece de sentido distinguir entre “definitividad” e “infalibilidad” de los fallos judiciales (sólo interesa constatar su “definitividad”)²²². Es decir, para absolver adecuadamente las preguntas ¿los jueces tienen discreción para crear Derecho? (discreción fuerte) y ¿hasta dónde llega –o puede llegar– ese poder?, es necesario tomar en cuenta lo que éstos realmente hacen al momento de resolver una controversia, que lo que realmente hacen no es necesariamente lo que ellos dicen hacer y, sobre todo, que la posible “corrección” o “incorrección” de sus fallos (su “infalibilidad”) no afecta en absoluto la existencia o validez jurídica de los mismos (ello depende sólo de un dato fáctico comprobable empíricamente: su “definitividad”). Explicaré con más detalle lo señalado en este párrafo.

4.1.1 La necesidad de separar el “ser” del “deber ser” de la labor judicial.

La exigencia de distinguir entre el “ser” y el “deber ser” de la labor judicial viene impuesta por la necesidad de apreciar la labor de los jueces, desde la teoría del Derecho, como “realmente es” y no como “debería ser” para que calce con determinados postulados ideológicos o valorativos (justicia, Estado de Derecho, democracia, etc.). Vale decir, es un presupuesto necesario si es que se quiere describir objetivamente lo que “realmente hacen” –o “pueden hacer”– los jueces al momento de afrontar su función de resolver controversias. Dicho en otros términos, es la consecuencia lógica de adoptar –como se hace en este trabajo– los postulados del “positivismo metodológico” que, como señala Troper, constituye “una aproximación, una epistemología jurídica, caracterizada particularmente por la voluntad de fundar una ciencia del derecho siguiendo el modelo de las ciencias empíricas, es decir marcadas por el afán de evitar cualquier tipo de metafísica así como cualquier juicio de valor, y de dar una descripción del derecho tal y como es, y no tal y como debería ser”²²³.

Efectivamente, el postulado principal de esta forma de entender el positivismo es la defensa de la tesis de la neutralidad valorativa al momento de estudiar el Derecho. Como lo explica Rafael de Asís, el positivismo metodológico “(...) representa el esfuerzo por convertir al Derecho en una auténtica Ciencia, caracterizada por su neutralidad valorativa. El estudio del Derecho debe ser realizado concibiéndolo como

Derecho es “marginal” (Cfr. Escudero Alday, Rafael. “Incorporacionismo, criterio material de validez y certeza del Derecho”. En: Anuario de Filosofía del Derecho, 2005, N° 22, pp. 405-409).

²²² Como se verá en un momento, Hart utiliza esta distinción para rechazar la tesis de los autores realistas americanos de que el carácter “definitivo” de los fallos de algunos jueces (por ejemplo, los magistrados de la Corte Suprema) se sigue su no vinculación al Derecho emitido por el Parlamento (cfr. Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Op. Cit., pp. 176-183).

²²³ Troper, Michel. *Por una teoría jurídica del Estado*. Op. Cit., p. 184. Por lo demás, no debe perderse de vista que, como señala Bobbio, “puesto que la ciencia o es avalorativa o no es ciencia, el método positivista es pura y simplemente el método científico y, por tanto, es necesario aceptarlo si se pretende hacer ciencia jurídica o teoría del Derecho: si no es ése el objetivo no se hará ciencia, sino filosofía o ideología” (Bobbio, Norberto. *El positivismo jurídico*. Op. Cit., p. 241). No cabe duda, por tanto, que es el método adecuado para aproximarse al estudio del Derecho.

un hecho y no como valor: el juicio de valor excedería el ámbito de la Ciencia jurídica²²⁴. ¿Y qué implica concebir al Derecho como un hecho y no como un valor? Para responder esta pregunta es fundamental determinar la diferencia entre “juicios de hecho” y “juicios de valor”. De acuerdo con Bobbio: “el juicio de hecho consiste en un conocimiento acerca de la realidad, en cuanto que la formulación de dicho juicio tiene como única finalidad la de informar, la de comunicar a alguien una constatación; en cambio, el juicio de valor consiste en una toma de posición frente a la realidad, en cuanto que su formulación no pretende informar sino influir sobre alguien, esto es, hacer que alguien haga una elección igual a la mía y, en su caso, siga mis prescripciones²²⁵. En ese sentido, hacer un “juicio de hecho” sobre el Derecho, el propio de la ciencia jurídica, implicaría hacer una descripción del Derecho realmente existente a los efectos de comunicar una constatación fáctica o, lo que es lo mismo, verificable de forma empírica; a diferencia, por supuesto, de hacer un “juicio de valor” sobre el Derecho, el propio de la filosofía jurídica, que implicaría evaluar la conformidad o no del Derecho realmente existente con determinados postulados o valores de justicia que el filósofo defiende (libertad, igualdad, dignidad, democracia, Estado de Derecho, etc.)²²⁶.

Consecuentemente, si se lleva estos planteamientos al ámbito de la labor judicial, se tiene que concluir que la forma más adecuada de abordar el estudio del poder de los jueces es hacerlo contemplando al mismo como un hecho y no como un valor y, de esta forma, describirlo antes que juzgarlo²²⁷. Y si el objetivo es describir antes que juzgar, entonces es necesario tener en cuenta que una cosa es lo que los tribunales hacen en el momento de abordar la interpretación de los enunciados jurídicos (el juicio de hecho) y otra muy distinta es establecer qué deberían hacer éstos para determinar el significado de los mismos (el juicio de valor)²²⁸. Ello es así porque, como explica Bobbio, “para un positivista la ciencia [del Derecho] debe excluir de su ámbito los

²²⁴ Asís, Rafael de. “Estudio preliminar”. En: Bobbio, Norberto. *El positivismo jurídico*. Op. Cit., p. 18.

²²⁵ Bobbio, Norberto. *El positivismo jurídico*. Op. Cit., p. 145.

²²⁶ El mismo Bobbio, en otro trabajo, ha expresado esta idea de la siguiente manera: “En el primer aspecto —esto es, como forma de acercarse al estudio del derecho— el positivismo jurídico está caracterizado por una clara distinción entre derecho real y derecho ideal o, (...), entre derecho como hecho y derecho como valor, entre el derecho que es y el derecho que debe ser; y por la convicción de que el derecho del cual debe ocuparse el jurista es el primero y no el segundo” (Bobbio, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. México DF: Fontamara, 2^o edición, 1992, p. 41).

²²⁷ Esto no quiere que renuncie a hacer crítica del Derecho existente. Lo único que estoy diciendo es que quiero apreciar el problema de la discreción judicial de una manera desprejuiciada para, de esta forma, poder llegar a constataciones fácticas demostrables empíricamente, las mismas que me permitan en el futuro plantear una crítica adecuada y, de ser el caso, una prescripción que solucione el problema.

²²⁸ No está de más recordar que, ya hace algún tiempo, Ross puso de manifiesto que “las teorías en boga sobre la interpretación tienen un contenido normativo. Esto es, se proponen dar directivas que prescriben cómo debe ser interpretado el derecho en la administración de justicia. En la medida en que esas directivas derivan de ideas preconcebidas referentes a la “naturaleza del derecho”, “el concepto del derecho”, “el propósito de la administración del derecho”, y cosas semejantes, equivalen a postulados dogmáticos. En la medida en que están fundadas en consideraciones prácticas de ventajas y desventajas sociales apreciadas en relación con ciertos valores presupuestos, equivalen a sugerencias de política jurídica dirigidas al juez”; y, como tal, “estas construcciones carecen de valor para la comprensión del derecho vigente o para la predicción de decisiones jurídicas futuras” (Ross, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Op. Cit., pp. 131 y 149).

juicios de valor ya que pretende alcanzar un conocimiento puramente objetivo de la realidad, mientras que dichos juicios de valor son siempre subjetivos (o personales) y por ello incompatibles con la exigencia de objetividad”²²⁹. Es decir, si se utilizaran “juicios de valor” (subjetivos por definición) a los efectos de describir el Derecho realmente existente –y, en lo que me interesa, la labor de los jueces– se perdería por completo la exigencia de objetividad y, lo que es peor, se llegaría a conclusiones erróneas que se harían pasar como constataciones fácticas o descripciones correctas del Derecho existente –o de la labor de los jueces–.

4.1.2 La identificación del “ser” de la labor judicial y el “punto de vista externo”.

Sentado que hay que diferenciar entre el “ser” y el “deber ser” de la labor judicial –y obviamente del Derecho–, paso ahora a explicar por qué, para identificar el “ser”, hay que distinguir entre lo que los jueces hacen realmente y lo que éstos dicen hacer en el momento de resolver una controversia. La distinción entre el “punto de vista externo” y el “punto de vista interno” la introdujo Hart para diferenciar el sentido en que los individuos entienden que son obligatorias las reglas previstas en el Derecho (“I had the obligation to do...”), del sentido en que son obligatorias para ellos las órdenes emitidas por un asaltante (“I was obligated to do...”) ²³⁰. De acuerdo con este autor, el punto de vista externo es el punto de vista del observador que, situándose fuera de una sociedad determinada, busca registrar y constatar cuáles son las conductas que regularmente se cumplen en la misma (por ejemplo, detenerse en la luz roja del semáforo o entregarle el dinero a un asaltante que te apunta con una pistola) y las posibles sanciones o reacciones hostiles frente a la desviación o incumplimiento de las conductas regulares del grupo (por ejemplo, la imposición de una multa por no detenerse en la luz roja o recibir un disparo del asaltante que te apunta con el arma por no darle el dinero) ²³¹. Por su parte, según el mismo Hart, el punto de vista interno es el punto de vista del observador que, situándose en la posición de miembro de dicha sociedad, busca dar cuenta de las razones que llevan a los miembros de ese grupo a cumplir con las conductas que regular o habitualmente se cumplen o, lo que es lo mismo, de la manera en que los mismos miembros del grupo contemplan su propia conducta regular (por ejemplo, me detuve en la luz roja del semáforo porque tenía la obligación de hacerlo en virtud de la existencia de una regla de tránsito, o le entregué mi dinero al asaltante que me apuntaba con una pistola porque me vi obligado a hacerlo ya que de lo contrario me disparaba) ²³².

Ahora bien, esta distinción es fácilmente trasladable a la tarea de observar y describir la labor de los jueces. Efectivamente, adoptando la posición del observador externo (el

²²⁹ Bobbio, Norberto. *El positivismo jurídico*. Op. Cit., p. 145.

²³⁰ Cfr. Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Op. Cit., pp. 102-113.

²³¹ Cfr. Ibid., pp. 110-113.

²³² Cfr. Ibid., pp. 110-113. De acuerdo con Hart, es el punto de vista interno el que permite diferenciar el “tener la obligación de cumplir” el Derecho y el “verse obligado a cumplir” las ordenes de un asaltante.

punto de vista externo), el jurista buscará describir cómo se comportan regularmente los jueces en el momento de resolver una controversia (por ejemplo, en una generalidad de casos el Tribunal Constitucional ha fallado que el significado de la norma “X” es “Y” y que solamente es aplicable a las situaciones “Z”) y cuáles son –de existir– las posibles sanciones o reacciones hostiles frente al incumplimiento de esas conductas regulares (por ejemplo, si un juez de menor jerarquía le atribuye a la norma “X” el significado “V” y la aplica a las situaciones “W”, es muy probable que su fallo sea revocado cuando el caso llegue al Tribunal Constitucional). En cambio, adoptando la posición de los jueces (el punto de vista interno), el jurista buscará dar cuenta de las razones que ellos mismos enarbolan para actuar en la forma en que regularmente lo hacen o, dicho en otros términos, de cómo los propios jueces contemplan su propia conducta regular (por ejemplo, el Tribunal Constitucional le atribuyó a la norma “X” el significado “Y” y determinó que solamente es aplicable a las situaciones “Z” porque, según sus miembros, ese es el sentido que se desprende de los enunciados jurídicos contenidos en la Constitución).

Como se puede apreciar, son dos maneras distintas de abordar el problema de la discreción judicial. La pregunta en este caso es: ¿una correcta descripción de la labor de los jueces tiene que dar cuenta tanto del punto de vista externo como del punto de vista interno? Hart cree que sí. De hecho, como se verá más adelante, utiliza el “punto de vista interno” sobre la labor judicial para rechazar la tesis de los autores realistas americanos de que los textos normativos tan sólo son predicciones de la conducta del juez y, por tanto, que no son obligatorios para los mismos. Y es que, para este autor, el jurista que solamente de cuenta del punto de visto externo “(...) no verá toda una dimensión de la vida social de aquellos a quienes observa, (...)”, no explicará “(...) la manera en que el grupo contempla su propia conducta”, no observará, en suma, “(...) la manera en que las reglas funcionan como tales en la vida de quienes normalmente constituyen la mayoría de la sociedad”²³³. De esta forma, terminará señalando que “una de las dificultades que enfrenta cualquier teoría jurídica ansiosa de hacer justicia a la complejidad de los hechos es tener en cuenta la presencia de ambos puntos de vista y no decretar, por vía de definición, que uno de ellos no existe”²³⁴. No es el momento para cuestionar esta opinión. Mi intención en este punto tan sólo es dar cuenta de la posibilidad de observar el problema de la discreción judicial desde dos perspectivas distintas: la del observador externo y la de los propios jueces. Por el momento, quiero dejar planteada una pregunta: ¿qué sucede si se llega a conclusiones diferentes desde ambos puntos de vista? Es decir, ¿qué pasa si lo que dicen que hacen los jueces (“aplicar Derecho”) no concuerda con la evaluación que se hace de su trabajo desde la perspectiva externa (“crear Derecho”)? ¿Cuál es el “ser” de la labor de los jueces en este caso? La respuesta a esta pregunta queda, por ahora, pendiente.

²³³ Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Op. Cit., pp. 112-113.

²³⁴ *Ibid.*, p. 113.

4.1.3 Definitividad y validez del “ser” de la labor judicial.

Vayamos, ahora, a explicar por qué a los efectos de evaluar la validez del “ser” de la labor judicial, es completamente irrelevante distinguir entre “definitividad” e “infalibilidad” de los fallos judiciales. En mi opinión, dicha distinción propuesta por Hart para rechazar los postulados “realistas” sobre la discreción judicial²³⁵, solamente es relevante a los efectos de poner de manifiesto que es posible que existan de hecho fallos judiciales “erróneos”, pero no para rechazar la existencia de los mismos. Dicho en otros términos, constatar que los jueces no son infalibles –y, por tanto, que pueden emitir fallos calificables, desde una perspectiva crítica, como “antijurídicos” o, lo que es peor, como “moralmente injustos”–, no tiene ningún efecto en el ámbito de la validez jurídica de las decisiones judiciales. Éstas, al margen de su contenido, serán válidas siempre que, frente a ellas, ya no quepa interponer recurso impugnativo alguno. Es decir, serán válidas siempre que sean “definitivas”, por lo menos, ese el tratamiento que los operadores jurídicos, de hecho, le dan a las mismas.

Efectivamente, la tesis positivista de la neutralidad valorativa, como se dijo, exige a la ciencia jurídica centrar la mirada en el Derecho realmente existente, en el Derecho que es, y no en el Derecho que debería ser. La pregunta ahora es: ¿qué se entiende por ello?; es decir, ¿cuál es el Derecho “existente”? O, mejor aún, ¿cómo se identifica éste? Para dar respuesta a estas interrogantes, desde el positivismo jurídico, se recurre a la noción de “validez”. Como dice Bobbio, en el positivismo metodológico “la validez indica una característica de la norma que consiste en su existencia en la esfera del Derecho o, en otros términos, en su existencia como norma jurídica: decir que una norma jurídica es válida significa decir que forma parte de un Ordenamiento jurídico real, existente en una determinada sociedad”²³⁶. De esta forma, pues, para el positivismo el Derecho realmente existente viene a ser el Derecho válido. Pero, si según el positivismo metodológico, hay que excluir los “juicios de valor” al momento de identificar el Derecho realmente existente, entonces ¿el criterio para identificar al mismo solamente puede ser el que hubiera sido previsto artificialmente por el propio ordenamiento jurídico?²³⁷

Es aquí, precisamente, donde se abre un debate interesante, primero, dentro del propio positivismo (no hay acuerdo sobre cuál es el criterio artificial) y, luego, entre los partidarios de éste y los autores realistas (para éstos el Derecho existente sólo puede ser el efectivamente aplicado, siendo irrelevante si el mismo es conforme o no con algún criterio artificial o positivizado, sea el que sea). Así, de un lado, dentro de las

²³⁵ Cfr. Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Op. Cit., pp. 176-183.

²³⁶ Bobbio, Norberto. *El positivismo jurídico*. Op. Cit., pp. 146-147.

²³⁷ Como señala Bobbio, el positivismo metodológico para identificar el Derecho existente “introduce únicamente en su definición el elemento de la validez, y por ello considera como normas jurídicas todas las producidas en la forma establecida por el propio Ordenamiento jurídico” (Ibid., pp. 151-152).

coordenadas teóricas del positivismo, están los denominados positivistas “incluyentes” que sostienen que los ordenamientos constitucionales, al haber incorporado o positivizado principios morales de justicia, han convertido a los ordenamientos jurídicos en sistemas normativos mixtos en los que para determinar la validez o existencia de una norma es necesario evaluar tanto la forma en la que ésta fue producida (órgano competente y procedimiento respectivo) como la conformidad de la misma con los mencionados criterios morales positivizados (justicia, igualdad, libertad, derechos humanos, etc.)²³⁸. En la posición contraria, también dentro del propio positivismo, están los denominados positivistas “excluyentes” que, como señala Escudero, niegan “la posibilidad de que la validez de las normas jurídicas pueda ser una cuestión que se suscite al margen de su origen, pedigree o forma de producción” y, como tal, afirman que “las normas son válidas por su origen formal y no por una supuesta adecuación a ciertos contenidos morales, por mucho que aparezcan referencias a estos contenidos en textos jurídicos de rango superior como pueden ser las constituciones”²³⁹.

Incluso, actualmente, existen autores que, reivindicándose como positivistas, defienden una visión alternativa a la dicotomía incluyente-excluyente (y que, lógicamente, también se oponen al planteamiento realista). Por ejemplo, a la tesis de la determinación mínima del Derecho, subyace una posición que, en el marco de una concepción sistemática y funcional del Derecho, subraya la importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica (a diferencia de los autores “excluyentes”) pero que no identifica a dichos contenidos materiales con una supuesta moralidad positivizada (a diferencia de los autores “incluyentes”) sino tan sólo con esa dimensión racional o cognitiva, también positivizada, que supuestamente estaría presente en todo enunciado jurídico: su carácter sistémico y mínimamente determinado que, en estas coordenadas, sería el que hace que no sea admisible (por inválida) cualquier interpretación efectuada por el juez²⁴⁰. Es decir, la concepción de validez defendida por Cuenca, “a diferencia del positivismo excluyente, considera que el contenido de las normas es un dato relevante en la identificación de las normas jurídicas válidas; pero, a diferencia de la versión incluyente, entiende como un dato irrelevante la valoración moral de dicho contenido”²⁴¹.

²³⁸ Para un estudio detallado de los autores que sostienen esta posición, Cfr. Escudero Alday, Rafael. *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid: Thomson-Civitas, 2004, cap. III.

²³⁹ Escudero Alday, Rafael. “Incorporacionismo, criterio material de validez y certeza del Derecho”. Op. Cit., p. 399.

²⁴⁰ Cfr. Cuenca Gómez, Patricia. “Sobre el iuspositivismo y los criterios de validez jurídica”. En: *Anuario de filosofía del Derecho*, Tomo XXV, 2008-2009, pp. 211-225. En mi opinión, la siguiente cita resume su posición: “desde un planteamiento positivista, el Derecho sólo puede ser contemplado como un sistema mixto en un sentido mínimo. Pero es, en todo caso, un sistema mixto puesto que la validez de las normas jurídicas no depende exclusivamente de criterios formales, de su creación por un órgano competente a través del procedimiento adecuado, depende también de que ese órgano respete el significado relativamente determinado que las normas superiores necesariamente poseen” (Ibid., p. 225).

²⁴¹ Ibid., p. 216.

Finalmente, compartiendo la tesis de la neutralidad valorativa pero en mi opinión tomándosela más en serio, están los autores realistas que, como se dijo en el punto 3.1, entienden que llevar a cabo un estricto juicio de hecho para identificar el Derecho existente, necesariamente implica centrar la mirada en el Derecho que “realmente se cumple” o “hace cumplir”, antes que en el Derecho que según ciertos criterios positivos, materiales y/o formales, debería ser cumplido (hacer ello implicaría efectuar un juicio de valor, no necesariamente moral, pero juicio de valor al fin); Derecho que, en la vertiente americana o conductista del realismo jurídico, como se dijo, se identifica plenamente con el conjunto de normas jurídicas formuladas por los tribunales de justicia. Es decir, mientras que para los positivistas el Derecho existente, o bien es el producido según ciertas reglas positivas formales y materiales-morales (los incluyentes), o bien es el producido según las reglas positivas formales y materiales-rationales (Cuenca), o bien sólo lo es el producido según las reglas positivas formales (los excluyentes); para los realistas americanos el Derecho existente es tan sólo el Derecho utilizado por los jueces para resolver controversias, siendo irrelevante si éste es conforme o no con los criterios positivos formales y/o materiales (morales o racionales) de validez reclamados por los positivistas²⁴².

Presentadas, de esta forma, las diversas posiciones sobre la validez jurídica que, por compartir la tesis de la neutralidad valorativa, pueden ser calificadas como “positivistas metodológicas”, corresponde preguntarse: ¿qué visión sobre la existencia del Derecho es la más adecuada? Dado que las objeciones que se han formulado al positivismo “incluyente” son, en mi opinión, muy sólidas (no da cuenta del hecho de que la validez material-moral está irremediabilmente sujeta a la evaluación que de ella hagan los jueces, es decir, un criterio formal)²⁴³, no voy a asumir este planteamiento. Y es que estoy de acuerdo con Escudero cuando afirma que, desde una posición realmente positivista, “la identificación del Derecho es una labor que se realiza sin que se recurra a ningún tipo de evaluación o valoración moral relacionada con los términos presentes en dicho Derecho. Es, en este sentido, una cuestión meramente fáctica y en ningún caso afectada por la moral”²⁴⁴. ¿Esto quiere decir, entonces, que asumo los postulados del positivismo excluyente? Sí pero sólo en tanto resalta el papel medular que cumplen los jueces a los efectos de determinar cuál es el Derecho existente en un espacio-tiempo concreto. No obstante, encuentro difícil asumir que “la validez de las normas jurídicas viene determinada por su origen o pedigree, es decir por haber sido creadas por un sujeto del que se predica su competencia para producirlas, de acuerdo con un

²⁴² Para Bobbio, el realismo viene a ser una teoría reduccionista sobre la validez jurídica: “hay una teoría que reduce la validez a la eficacia, por cuanto afirma que el derecho real no es el que se encuentra enunciado en una Constitución, en un código, o en un cuerpo de leyes, sino que es aquel que los hombres efectivamente aplican en sus relaciones cotidianas; esta teoría hace depender en última instancia la validez de la eficacia. El ejemplo histórico más radical lo ofrecen las corrientes llamadas realistas de la jurisprudencia estadounidense, y sus antecesoras en el continente” (Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Op. Cit., p. 40).

²⁴³ Sobre las mismas, Cfr. Escudero Alday, Rafael. “Incorporacionismo, criterio material de validez y certeza del Derecho”. Op. Cit., pp. 399-414.

²⁴⁴ Escudero Alday, Rafael. “Incorporacionismo, criterio material de validez y certeza del Derecho”. Op. Cit., p. 403.

procedimiento (...)”²⁴⁵ ya que, como el mismo Escudero reconoce, “bien podría suceder que un juez vulnerase un requisito de competencia y que, aún así, la sentencia fuera jurídicamente válida”²⁴⁶.

No parece ser, pues, que los criterios formales positivos sean determinantes para identificar el Derecho válido o existente. Y es que si éstos lo fueran, lógicamente no podrían ser calificadas como válidas aquellas sentencias emitidas por un juez que ha actuado fuera de su marco de competencias o sin seguir el procedimiento correspondiente. El criterio determinante, entonces, tiene que ser otro. ¿Podría ser el defendido por Cuenca? Es decir, ¿el criterio determinante podría ser un criterio material, no moral, de carácter racional, como el sentido literal y sistemático del respectivo enunciado jurídico? En mi opinión no, si es que se quiere conservar la “utilidad” de la definición jurídica llamada “validez”. Y es que, en la lógica de esta posición, es muy posible –al menos teóricamente– que se produzca un fallo que es “inválido” por no sujetarse al sentido literal y sistemático del texto normativo respectivo pero que, a la vez, es “existente” por el sólo hecho de haber sido emitido por el órgano judicial que está en la cúspide de la jerarquía institucional del Poder Judicial y, por tanto, cuyas resoluciones ya no son pasibles de impugnación. En este supuesto, al igual que en el caso del positivismo incluyente, señalar que la sentencia no tiene “validez” carece de relevancia a efectos prácticos “dado que –válida o no– la norma adquiere carácter jurídico y despliega todos sus efectos. Entonces, confunde más que ayuda a sus posibles destinatarios decirles que pueden existir normas inválidas pero que actúan como si fuesen normas válidas. No parece que sea ésta una buena pedagogía de lo jurídico”²⁴⁷.

Ello es así porque, para todo efecto práctico, una sentencia definitiva o inapelable, aun cuando sea errónea –o, si se quiere, irracional por basarse en una interpretación contra-literal de un texto normativo–, siempre será el Derecho “existente” en un espacio-tiempo determinado y, por tanto, si se quiere conservar la utilidad de las definiciones jurídicas, no cabe más que atribuir a toda sentencia firme y/o inmodificable la condición de “válida”²⁴⁸. A menos, claro está, que se quiera intentar la titánica tarea de explicar la posible presencia de fallos inválidos pero de todos modos existentes y, peor aún, que a pesar de ser inválidos serán ejecutados por las

²⁴⁵ Escudero Alday, Rafael. “Incorporacionismo, criterio material de validez y certeza del Derecho”. Op. Cit., p. 403.

²⁴⁶ Ibid., p. 404.

²⁴⁷ Ibid., pp. 404-405.

²⁴⁸ Debe tomarse en cuenta que, como explica Solar Cayón, en el movimiento realista americano las definiciones (como la de “validez”) tienen que ser útiles, es decir, nos tienen que permitir comprender o capturar la realidad empírica que se está estudiando y, como tal, deben “hacer los datos de la experiencia más manejables en aras a la realización de algún propósito” (Cfr. Solar Cayón, José Ignacio. “El concepto de Derecho en el realismo jurídico americano. Una reinterpretación”. En: *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos*. Santander: Universidad de Cantabria, 2003, p. 1194). En palabras del mismo Llewellyn, “un concepto, tal como yo lo entiendo, se construye para un objetivo. Es una herramienta de pensamiento. Una herramienta para que nuestros datos sean más manejables cuando se hace algo con ellos” (Llewellyn, Karl N. “Una teoría del Derecho realista: el siguiente paso”. En: *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Op. Cit., pp. 244-245).

autoridades correspondientes precisamente por ser existentes (recuérdese que los jueces también tienen el poder de imponer sus fallos por la fuerza). En tal sentido, se va a adoptar el punto de vista realista porque, en mi opinión, es el único que permite afirmar, sin incurrir en incoherencia alguna, “que un juez se ha equivocado en su decisión, pero que ésta es jurídicamente válida. La sentencia resultante existe, vincula y se aplica aunque se considere que sus términos no se han ajustado a lo establecido en una norma de rango superior, como lo es por ejemplo una ley”²⁴⁹. Ello es así porque, desde las coordenadas del realismo jurídico de corte americano, sólo se tiene que prestar atención al dato fáctico de la “definitividad” para identificar al Derecho existente. Y es que, en esta corriente, las sentencias que son inmodificables, inapelables o definitivas, sea cual sea su contenido, siempre vienen a ser el Derecho que se cumple o que se hace cumplir o, lo que es lo mismo, el Derecho empíricamente existente.

No está de más resaltar que, como resalta Escudero, “es ésta la premisa común bajo la que actúan los juristas y cualquier reconstrucción teórica de la misma debe, si pretende ser fiel a la realidad, reconocer este hecho y ajustarse al mismo”²⁵⁰. En tal sentido, desde un planteamiento como el realista, no tiene ninguna importancia afirmar que las decisiones judiciales no son “infalibles” ya que lo único relevante, a los efectos de determinar su existencia dentro del Derecho (el “ser”), es verificar si frente a las mismas ya no cabe interponer recurso impugnativo alguno (es decir, que son “definitivas”). Me parece, entonces, que para abordar adecuadamente el problema del “ser” de la labor judicial (sobre todo lo relativo a sus límites), es completamente irrelevante distinguir entre “definitividad” e “infalibilidad” de los fallos judiciales. Volveré sobre esta idea, en el siguiente punto, al momento de estudiar las críticas de Hart al planteamiento realista y los cuestionamientos que se pueden hacer a la tesis de la determinación mínima del Derecho.

4.2 El ilimitado poder discrecional de los jueces.

En este acápite, partiendo de las premisas metodológicas señaladas en el acápite precedente (una cosa es el ser y otra el deber ser de la labor judicial, para identificar el ser hay que distinguir entre lo que los jueces dicen y lo que realmente hacen y, para evaluar la validez del ser, basta con constatar que el fallo judicial es definitivo), se van a estudiar las críticas realizadas a las posiciones señaladas en los apartados 2 y 3 y, por supuesto, se va a defender que el planteamiento escéptico o realista sigue siendo la mejor explicación acerca de lo que los jueces hacen o pueden hacer válidamente. Así, pues, se va a demostrar, primero, la inconsistencia de las tesis cognitiva (en todas sus versiones), intermedia (en las versiones presentadas) y de la determinación mínima del Derecho; y, luego, se sostendrá que la tesis escéptica, con algunos

²⁴⁹ Escudero Alday, Rafael. “Incorporacionismo, criterio material de validez y certeza del Derecho”. Op. Cit., p. 403.

²⁵⁰ Ibidem.

ajustes, resulta “bien parada” frente a las críticas realizadas desde los otros planteamientos. Y es que, en mi opinión, no es suficiente con constatar que el lenguaje ordinario no es “totalmente” indeterminado (como erróneamente se asume desde el escepticismo), para concluir que los jueces, o bien “a veces” están sujetos a una “zona de certeza” (como sostiene la tesis intermedia), o bien “siempre” están sujetos al sentido literal y sistemático de los enunciados normativos (como afirma la tesis de la determinación mínima del Derecho).

En tal sentido, lo que se va a sostener es que no basta con sostener –y demostrar– que en el ámbito del lenguaje ordinario, que es el que utiliza el Derecho, existen significados consolidados (que son los que posibilitan la comunicación entre individuos) para, automáticamente, afirmar: (i) que se constituyen *per se* en valores jurídicos de verdad (o cognitivos) que limitan la producción judicial de normas jurídicas vía los enunciados interpretativos y, de esta forma, (ii) que el escepticismo interpretativo es erróneo. Pero vayamos despacio y preguntémonos ¿es cierto, como dice la tesis cognitiva, que los jueces nunca actúan con discreción fuerte?

4.2.1 Es falso que los jueces nunca actúan con discreción judicial en sentido fuerte.

En lo que se refiere a la tesis determinista sobre la interpretación judicial y la labor de los jueces, defendida por el positivismo decimonónico, la gran crítica que se le puede hacer es que, en realidad, es un planteamiento prescriptivo sobre este problema y, como tal, metodológicamente no resulta ser el más adecuado. Efectivamente, tal como se señaló en el punto 2.1, no es posible entender la concepción mecanicista de la actividad judicial si no se toman en cuenta las siguientes pre-concepciones sobre la democracia y el Derecho: (i) que la voluntad democrática legítima únicamente es la del legislador, (ii) que el juez carece por completo de legitimidad democrática y, por tanto, su “poder” debe ser nulo, y (iii) que el Derecho, al haber sido creado por un legislador “racional”, encierra en sí la solución a cualquier caso que se presente. Por ello, a mi juicio, los defensores de este planteamiento, lo único que hicieron, en su momento, fue elaborar una explicación sobre la interpretación que, como se puede apreciar fácilmente, es perfectamente compatible con los postulados ideológicos antes señalados. Vale decir, no explican qué es realmente la interpretación judicial sino cómo debería ser la misma (una actividad del conocimiento) para que sea compatible con el marco ideológico que ellos defienden. Hacen pasar, pues, un juicio de valor como un juicio de hecho. Por tanto, no cabe duda que el planteamiento del positivismo primigenio sobre la labor judicial, no es fiel al planteamiento positivista metodológico de la neutralidad valorativa.

Por lo demás, es conveniente resaltar que la tesis de la interpretación mecanicista elaborada por el positivismo decimonónico, actualmente ya ha sido abandonada por el

positivismo contemporáneo. En efecto, todos los pensadores a los que comúnmente se coloca en esta corriente de pensamiento (Kelsen, Hart, Bobbio, etc.) reconocen que, en virtud de la mayor o menor indeterminación propia del lenguaje, la labor interpretativa del juez consiste en elegir y aplicar, discrecionalmente, alguno de los posibles significados atribuibles a un enunciado jurídico, motivo por el cual deja de ser un mero aplicador de la Ley preexistente y se transforma en un órgano más de producción normativa o, lo que es lo mismo, de creación de Derecho. Es, pues, la propia textura abierta del lenguaje ordinario, por medio del cual se expresan los textos normativos (tal como demuestra Hart), la que hace que los tribunales de justicia deban “precisar” el supuesto contenido de la norma a aplicar y, como tal, que creen o produzcan Derecho. En síntesis, actualmente el positivismo jurídico defiende la tesis de la discrecionalidad judicial²⁵¹.

Ahora bien, no tiene sentido plantear esta objeción metodológica al planteamiento de Dworkin (ni al de Atienza) ya que, como se deduce de lo señalado en el punto 2.2, este autor explícitamente rechaza la tesis positivista de la neutralidad valorativa en su doble aspecto: (i) no cree que la ciencia del Derecho debe ser sólo “descriptiva” o moralmente neutra y (ii) rechaza que la identificación del Derecho existente deba hacerse prescindiendo de criterios morales o valorativos. Para este autor, la tarea de la teoría del Derecho es identificar no sólo las reglas existentes en un ordenamiento determinado (una labor descriptiva) sino, además, los “principios” morales que justifican y le dan coherencia al Derecho positivo (una labor prescriptiva); principios que formarán parte también del Derecho existente y que, tal como lo demostraría la práctica cotidiana de los operadores jurídicos, son utilizados para resolver los casos en los que no existe una regla positiva expresa. De esta forma, según Dworkin, la labor de la ciencia jurídica es descriptiva y, a la vez, valorativo-justificativa (prescriptiva) y, como directa consecuencia de lo anterior, la identificación del Derecho existente termina siendo una tarea en la que la “moral” tiene mucho que decir²⁵². Para Dworkin, pues, no existe separación conceptual entre el Derecho y la Moral.

²⁵¹ Cfr. Dorado Porras, Javier. Op. Cit., pp. 38-42. Bobbio rechaza la tesis mecanicista de la interpretación judicial de la siguiente forma: “la interpretación del Derecho por el juez no consiste nunca en la mera interpretación de la Ley sobre la base de un procedimiento puramente lógico: aunque no sea consciente de ello, el juez, para alcanzar una decisión, debe elegir, y para ello debe introducir siempre valoraciones personales que no están vinculadas al esquema legislativo que él debe aplicar” (Bobbio, Norberto. *El positivismo jurídico*. Op. Cit., p. 241).

²⁵² Hart, en el Postscriptum, resume el planteamiento metodológico de Dworkin de la siguiente manera: “La teoría del Derecho así concebida, como descriptiva y general a la vez, es un proyecto que difiere radicalmente de la concepción de Dworkin de la teoría del Derecho —(...)—, parcialmente valorativa y justificativa y dirigida a una cultura jurídica particular, que es, por lo general, la del autor y, en el caso de Dworkin, la del Derecho anglo-americano. La tarea central de la teoría del Derecho así concebida es caracterizada por Dworkin de “interpretativa” y contiene en parte evaluaciones, pues consiste en identificar los principios que mejor se adecuan al Derecho establecido y a las prácticas de un sistema jurídico y que, al mismo tiempo, suministran la mejor justificación moral de ellos, mostrando así el derecho bajo su mejor aspecto. Para Dworkin, los principios así identificados no sólo forman parte de una teoría del Derecho, sino que son también, implícitamente, parte del Derecho mismo” (Hart, H. L. A. “Postscriptum”. Op. Cit., pp. 92-93).

La crítica a Dworkin, en mi opinión, pasa por evaluar la certeza o no de los argumentos que da para rechazar la tesis de la discrecionalidad judicial en sentido fuerte (Dworkin, como se recordará, acepta la tesis de la discrecionalidad en sentido débil). La argumentación de Dworkin se puede resumir de la siguiente manera: junto a las reglas existen principios, éstos son jurídicamente “obligatorios” para los jueces y en el Derecho siempre hay una sola respuesta correcta para cada caso concreto. En mi opinión, los puntos débiles de Dworkin están en el sentido de obligatoriedad que maneja y, por supuesto, en la idea de que los principios excluyen la presencia de discrecionalidad fuerte en los jueces. En primer lugar, hay que reconocer, como hizo Hart en su *Postscriptum*²⁵³, que es usual que en los textos constitucionales contemporáneos se incorporen enunciados lingüísticos que, dada la forma en la que están formulados, utilizando términos sumamente genéricos e, incluso, moralmente valorativos (por ejemplo, “todo trabajador tiene derecho a una remuneración justa y equitativa”), presentan características similares a los “principios” que señala Dworkin. Ahí están los enunciados jurídicos que formulan las normas jurídicas que establecen “derechos fundamentales” que, autores como Alexy o Borowski, entienden que tienen la condición de normas-principio y, por tanto que son aplicables “*prima facie*” o según su peso relativo y, por tanto, previo análisis de ponderación²⁵⁴. No obstante, este sólo hecho no es suficiente para demostrar que, en los ordenamientos actuales, no existen problemas de lagunas normativas o de supuestos no regulados por el Derecho y, mucho menos, que la presencia de éstos elimina el poder discrecional del juez para crear Derecho (discreción fuerte).

Efectivamente, como Dworkin reconoce, no basta con afirmar que hay “principios” sino, además, hay que demostrar que los mismos se les imponen a los jueces. Es decir, que éstos, ante un caso concreto, no tienen la libertad de decidir si los aplican o no. Como se vio en el punto 2.2, Dworkin sostiene que sí son obligatorios para los jueces porque, en resumen, (i) la opinión común de los juristas considera que si no se aplican ello sería un “error”, (ii) los propios jueces consideran que los principios les son obligatorios, (iii) la interpretación de los mismos, para los jueces, sólo implica que es necesario “descubrir” qué mandan o a qué obligan pero no que no existen o que no son obligatorios, y (iv) los jueces, en última instancia, si aplican un sentido u otro de una regla es porque entienden que hay un principio que les exige hacer eso. Es decir, para Dworkin los principios son obligatorios para los jueces porque, simplemente, éstos creen que les son obligatorios.

Pues bien, si ese es el sentido en el que son obligatorios los principios para los jueces, no cabe más que decir que los mismos sólo lo son en un sentido “débil” del término.

²⁵³ Cfr. Hart, H. L. A. “*Postscriptum*”. Op. Cit., pp. 117-123.

²⁵⁴ Sobre el carácter “principal” de los derechos fundamentales y su condición de normas jurídicas aplicables “*prima facie*”, véase: (i) Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición en castellano, 2007, Cap. III; y (ii) Borowski, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 47-65.

Primero, porque parece ser inocuo decir que si no se aplican ello supone cometer un “error” ya que, lo que el ciudadano promedio esperaría, es que su inaplicación conlleve a la nulidad o a la invalidez de la resolución judicial que no los recoge. Y, sobre todo, porque la obligatoriedad de dichos principios, al final, depende de la propia voluntad del sujeto supuestamente obligado (el juez) o, lo que es lo mismo, de un acto de adhesión normativa²⁵⁵. Una idea “seria” o “fuerte” de obligación o de deber presupone entender que éstos se imponen y, por tanto, que el sujeto “obligado” no está en actitud de decidir si se somete o no a los mismos. Que un juez, ante un caso concreto, considere que un principio “x” le es obligatorio, no puede llevarnos a perder de vista precisamente que ese principio se aplica porque él “cree” que le es obligatorio (se adhiere, en su fuero interno, al mismo). Y dado que su obligatoriedad depende de lo que un juez finalmente considere, entonces es muy posible que frente a otro caso, idéntico o similar, otro juez considere exactamente lo contrario: que no es obligatorio. ¿Qué tipo de obligación es esa cuya aplicación efectiva, al final, depende de un acto de voluntad del propio sujeto obligado? En mi opinión, una muy débil. Consecuentemente, no parece ser que cuando los jueces citan principios en apoyo de sus resoluciones, ello suponga que están aplicando un estándar normativo “preexistente”. Si éste deviene en un estándar normativo, lo es porque el juez discrecionalmente le otorga dicho estatus.

Ahora bien, aun aceptando que los jueces para resolver lagunas o precisar el sentido de una regla citan principios “obligatorios”, como respondió Hart a Dworkin en el *Postscriptum*, ello “no elimina el momento de la creación judicial de Derecho, puesto que en cualquier caso difícil pueden presentarse diferentes principios que sustentan analogías rivales y el juez debe decidir entre ellos, apoyado, como cualquier legislador escrupuloso, en su buen juicio acerca de qué es lo mejor y no en un orden establecido de prioridades prescritas por la ley. Únicamente si para todos estos casos pudiera hallarse en el Derecho existente algún conjunto único de principios de orden superior que asignaran un peso relativo o prioridades a los principios rivales de orden inferior, el momento de la creación jurídica de Derecho no sería solamente diferido sino eliminado”²⁵⁶. Este argumento se fortalece simplemente dando cuenta de la historia del Estado de Derecho que, en sucesivas evoluciones, supuso la constitucionalización de derechos fundamentales que se apoyan en razones morales opuestas entre sí (por ejemplo, el derecho al trabajo y la libertad de empresa, la libertad de expresión y el derecho al honor, el derecho a la vivienda y a la propiedad privada)²⁵⁷. Es decir, cuando hablamos de los “principios” recogidos en los ordenamientos jurídicos de los

²⁵⁵ Más adelante, en el punto 3.2.2.3 del tercer capítulo de la presente investigación, desarrollaré las razones de índole moral y prudencial que pueden llevar a un juez a plegarse —o no— al estándar normativo contenido en un texto normativo.

²⁵⁶ Hart, H. L. A. “*Postscriptum*”. Op. Cit., p. 139.

²⁵⁷ Bobbio da cuenta de este hecho, entre otras razones, para rechazar la posibilidad de ofrecer un fundamento absoluto para todos los derechos humanos. Al respecto, véase: Bobbio, Norberto. “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”. En: *El tiempo de los derechos*. Traducción de Rafael de Asís. Madrid: Sistema, 1991, pp. 53-62 y, en especial, pp. 57-60.

Estados de Derecho contemporáneos, no estamos hablando de “una” moralidad institucionalizada sino, con toda seguridad, de “varias” moralidades institucionalizadas.

Si ello es así, entonces existen altas posibilidades de que se presenten casos que, para ser resueltos, requieran del juez el trabajo de dirimir entre principios encontrados y, si quiere que su resolución esté motivada, tendrá que “inventarse” un criterio de selección que, en atención a las circunstancias del caso, le permita determinar cuál de los dos prevalece (salvo, claro está, que se sostenga que en el Derecho también existen “meta-principios” que determinan cómo debe “ponderar” el juez²⁵⁸). Y al hacer eso, por lo menos, como explica Prieto Sanchís, habrá creado dos “reglas”: (i) el criterio de selección (¿qué es sino el análisis de ponderación?, ¿acaso no es una invención judicial?, ¿hay alguna ley o principio que diga que así se deben resolver los conflictos entre principios?), y (ii) una regla de excepción del tipo “en las circunstancias X, Y, Z prevalece el principio J” (regla que, por cierto, de ser generalizada vía la jurisprudencia hará que en casos similares sea innecesario recurrir al análisis de ponderación)²⁵⁹. Por lo demás, no debemos olvidar que los enunciados jurídicos que “expresan” principios también adolecen de problemas de indeterminación (y mucho más extendidos que las reglas) y, como tal, el primer paso antes de ponderar es determinar que el principio “X” es aplicable al caso “Z”²⁶⁰. Y sin lugar a dudas ahí también el juez estará actuando con discrecionalidad en sentido fuerte: entre las distintas posibilidades de interpretación de un enunciado que establece un principio, él debe elegir la que, según el dictado de su conciencia, sea la más conveniente y, tal como explican los realistas, ese proceso es un acto de la voluntad.

En ese sentido, tomando en cuenta estas objeciones, ¿es posible seguir hablando de una sola respuesta correcta para cada caso concreto? Sí pero sólo rebajando considerablemente el nivel de “fortaleza” de dicha tesis y transformándola en lo que Aarnio denomina la “versión débil”; esto es, en ideal regulativo sobre cómo abordan –o

²⁵⁸ Aarnio, sobre la idea de coherencia de Dworkin, dirá la siguiente: “la coherencia presupone diversos criterios, que deben ser sopesados entre sí. Sin embargo, no hay forma de equilibrar los razonamientos finales de forma objetiva, porque el “mejor” equilibrio debe ser el “más coherente”. Esto presupone, a su vez, un meta-nivel, es decir, un “Super Hércules J.” capaz de resolver los conflictos entre estas dos subcoordinadas, etc., ad infinitum. Esta clase de “Super Hércules J.” sería como un Tirano Platónico que dictaría las soluciones correctas a las personas” (Aarnio, Aulis. “¿Una única respuesta correcta?”. En: Aarnio, Aulis, Atienza, Manuel y Laporta, Francisco J. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 16).

²⁵⁹ Prieto Sanchís sostiene que el resultado final del “juicio de ponderación” siempre es una “regla”. Es por ello que dirá que “la ponderación se configura, pues, como un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos principios en conflicto para regular prima facie un cierto caso y la construcción de una regla para regular en definitiva ese caso; regla que, por cierto, merced al precedente, puede generalizarse y terminar por hacer innecesaria la ponderación en los casos centrales o reiterados” (Prieto Sanchís, Luís. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 194).

²⁶⁰ En palabras de Prieto Sanchís: “cuando existe un problema de principios y es preciso ponderar, no por ello queda arrinconada la subsunción; al contrario, el paso previo a toda ponderación consiste en constatar que en el caso examinado resultan o aplicables dos principios en pugna. En otras palabras, antes de ponderar es preciso “subsumir”, constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de los dos principios” (Ibid., p. 193).

piensan que abordan— los operadores jurídicos sus funciones²⁶¹. Eso es lo que hace Dworkin, precisamente, en su trabajo “La justicia con toga” donde aceptará que “mi propuesta sobre las respuestas correctas en los casos difíciles es una tesis jurídica muy débil y de sentido común. Es una tesis formulada desde el interior de la práctica jurídica... Me pregunto si en los casos difíciles puede en alguna ocasión decirse que resulta sensato, correcto o preciso afirmar, en el sentido en que los abogados podrían hacerlo, que el derecho correctamente entendido le da la razón al demandante (o al demandado). Y contesto que sí, que en algunos casos difíciles algunas afirmaciones como las anteriores resultan sensatas, correctas o precisas. (...). Ahora le toca al lector. ¿Alguna vez ante algún tipo de caso difícil ha pensado que un argumento jurídico corriente era el más sólido globalmente? Si lo ha hecho, también ha rechazado la noción de la inexistencia de una solución correcta, que entiendo es el objetivo de mi propia tesis”²⁶².

Es decir, para Dworkin, en el Derecho siempre existe una sola respuesta correcta, no porque realmente exista, sino porque los operadores jurídicos siempre creen —o alegan— que hay una y sólo una respuesta correcta. ¿Cuál es? La que ellos defienden o la que más los convence (o conviene). Ese es el sentido de la tesis de Dworkin: que en un proceso judicial siempre alguien cree tener las mejores razones. Es simplemente poner de manifiesto “la opinión común de que una parte tenía las mejores razones”²⁶³. Nada más. ¿Cómo se tabulan las mismas? Eso escapa a los alcances de la tesis de la única respuesta correcta pero, para Dworkin, ello no significa que los operadores jurídicos no creen que siempre existe una y sólo una respuesta correcta. Es más, expresamente reconoce que no es posible demostrar “que hay respuestas realmente correctas, respuestas correctas realmente reales, respuestas correctas ahí afuera o alguna otra cosa situada en algún peldaño superior de la escalera de la inflación verbal”²⁶⁴. Al parecer, él sólo quería destacar que, desde el punto de vista interno de los operadores del Derecho, siempre habrá una respuesta correcta para cada caso concreto²⁶⁵. Por supuesto, es un sentido inocuo o “débil” de la tesis de la única respuesta correcta (como él dice) y, por lo demás, no añade nada en contra de

²⁶¹ Como explica Aarnio, en la “versión fuerte” de la tesis de la única respuesta correcta se afirma que “la única respuesta correcta siempre existe y también puede ser detectada en cada caso”, esto es, que la respuesta “está escondida en alguna parte del ordenamiento jurídico y la habilidad del juez consiste únicamente en explicitar lo que ya se encuentra implícito”. Por su parte, en la “versión débil” ya no se pone el énfasis en su existencia o si puede o no ser detectada (quizás nunca lo sea), simplemente se resalta que “cualquier juez o erudito debe tener un determinado objetivo (la respuesta correcta) como guía” de su comportamiento al momento de operar dentro del Derecho (Cfr. Aarnio, Aulis. Op. Cit., pp. 10-12).

²⁶² Dworkin, Ronald. *La justicia con toga*. Traducción de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2007, pp. 52-53.

²⁶³ Dworkin, Ronald. *La justicia con toga*. Op. Cit., p. 53.

²⁶⁴ Dworkin, Ronald. *La justicia con toga*. Op. Cit., p. 53.

²⁶⁵ Me parece que Atienza comulga con esta versión de la tesis de la única respuesta correcta. Y es que, para él, “en los Derechos del Estado constitucional, casi siempre hay una única respuesta correcta”, desde que si bien es cierto que podrían haber discrepancias en la práctica jurídica, eso no niega que “quienes actúan en la misma guían realmente su comportamiento por la idea de que existe (casi siempre) y que se puede encontrar (en ocasiones con no poco esfuerzo) una sola respuesta correcta” (Atienza, Manuel. “Sobre la única respuesta correcta”. En: *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, 68 y 71).

la tesis fuerte de la discreción judicial: que el demandante considere que tiene la razón, no significa que el juez está obligado a dársela y, por tanto, que no tenga libertad para decidir fallar a favor del demandado (que, por cierto, también creerá que tiene la razón). Por tanto, no parece ser que la presencia de principios en los ordenamientos contemporáneos suponga eliminar el poder del juez para crear Derecho²⁶⁶.

¿Subsiste la tesis fuerte de la discreción judicial frente a las objeciones de Atienza? En lo que se refiere a la tesis de Atienza, en primer lugar, es conveniente resaltar que éste asume, al igual que Dworkin, que en el Derecho junto a las reglas existen principios de moralidad jurídicamente obligatorios y, por tanto, son extensibles a sus planteamientos, en este aspecto, las críticas recientemente efectuadas al supuesto carácter “obligatorio” de los principios. Pero, más allá de eso, una crítica completa a la tesis defendida por Atienza presupone cuestionar, de un lado, la noción de Derecho como “práctica social” y, de otro, la idea de que el razonamiento analógico elimina por completo la presencia de discreción fuerte en las manos de los jueces que lo utilizan. Y es que, como se dijo en el punto 2.3, de acuerdo con Atienza, en el Derecho no existirían lagunas o supuestos no resueltos si es que se le visualiza como una “práctica social”. Como se recordará, él expone su planteamiento según el siguiente símil: el Derecho sería como una empresa cuya actividad principal y permanente (es decir, su práctica) consiste en producir “reglas generales” (los trajes) que resuelvan los casos reales y, muy importante, cuyos estándares de calidad serían ciertos “principios y valores” que rigen todo el proceso productivo. El mecanismo de producción sería el siguiente: existiría un obrero llamado “legislador” que produce “reglas generales” (los trajes) y, a la vez, un supervisor o un inspector de calidad llamado “juez” (el sastre) cuya función consistiría en verificar que no haya fallas en las reglas según los estándares de calidad señalados y, si las hay, las repara emitiendo la regla general correspondiente que solucione el fallo detectado (es decir, colma lagunas).

Así, el resultado final de este procedimiento, de esta actividad permanente llamada “Derecho”, siempre será completo y acabado porque esta empresa siempre resolverá

²⁶⁶ El siguiente comentario de Prieto Sanchís, en mi opinión, sintetiza con contundencia toda la crítica que se ha hecho a las tesis de Dworkin sobre la discreción judicial: “Dworkin no nos describe lo que los jueces hacen, sino lo que piensan que hacen. Sin duda, es verdad que los particulares, los abogados y los jueces formulan sus posiciones en el proceso «como si» la solución demandada o el fallo emitido constituyesen la más lógica y rigurosa aplicación del Derecho. En el lenguaje del foro no hay casos difíciles. Pero, como es obvio, lo que piensen los operadores jurídicos no vincula a la teoría del Derecho. No obstante, es posible que las cosas sucedan como Dworkin las describe, sin que por ello quede eliminado el momento creativo de la decisión judicial. El Derecho preexistente, las normas y principios, están, sin duda, incorporados al fallo, pero de aquí no puede deducirse que todos los aspectos que han sido valorados como fundamento del mismo «deriven» de ese Derecho. Naturalmente, la valoración de objetivos sociales y el peso de la ideología no serán idénticos en todos los casos, y de ahí que la creación judicial del Derecho se presente como un problema cuantitativo, pero, de cualquier forma, en último término «la norma jurídica no es el presupuesto, sino el resultado del proceso interpretativo». Los principios de Dworkin, lejos de excluir ese momento de creación, lo presuponen” (Prieto Sanchís, Luís. “Teoría del Derecho y Filosofía Política en Ronald Dworkin”. En: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 5, Núm. 14, Mayo-Agosto 1983, p. 368).

los casos reales que se le presentan. Visto así el símil, no queda claro por qué los jueces no crean Derecho. Si éstos, para reparar las fallas de los “obreros” (los legisladores), emiten una regla general, no se entiende por qué ello no supone que están creando Derecho exactamente del mismo modo en que lo hacen los legisladores en su condición de operarios. Parece ser, según el símil, que ello responde a que los jueces, como “supervisores” que son, producen esas reglas, no de acuerdo con sus creencias y valoraciones, sino según los principios o valores del sistema (los estándares de calidad) y, por tanto, lo más lógico sería entender que, en realidad, no crean nada sino que están explicitando una regla que ya se encontraba prevista en el ámbito de los principios. Pero, si ello es así, entonces resulta que los legisladores, en su condición de operarios, tampoco crean Derecho ya que éstos, para desempeñar sus funciones, es obvio que también se tendrán que apoyar en los “estándares de calidad” que supuestamente sujetan a los jueces. Si Atienza no cuestiona que los legisladores, al emitir reglas generales, crean Derecho y, sobre todo, que lo hacen discrecionalmente, ¿por qué sí lo hace en relación con los jueces que, según su propio símil, realizan una labor incluso más relevante o de mayor responsabilidad (son los supervisores) que la de los obreros?

Parece ser que, para Atienza, una Ley que no regula un supuesto que debió ser regulado según los principios y valores del sistema, sí supone un acto de creación jurídica hecho por el legislador (el obrero de la empresa llamada Derecho), pero una sentencia que recurre a esos principios para resolver el caso indebidamente no regulado, no constituye un supuesto de creación judicial de Derecho. Esto, en mi opinión, es incoherente. Si el legislador tiene discreción fuerte para interpretar los principios y los valores que supuestamente subyacen al ordenamiento jurídico, ¿por qué el juez, que hace lo mismo, no la tiene? O los dos vienen siendo casos de producción normativa, o ninguno lo es. Contrario a lo esperado por Atienza, creo que la concepción de Derecho como una “práctica social”, termina resaltando el rol fundamental que cumplen los jueces en el mecanismo de producción de la empresa llamada “Derecho”. En esta lógica, están para corregir las falencias del legislador. Si esto es cierto, entonces a los más se puede decir que los jueces son “co-legisladores” (en la medida que operan sobre la base de lo hecho o no hecho por los “obreros”) y, como se verá en el punto 4.2.3, ello es una opinión que también puede ser suscrita desde las coordenadas del realismo jurídico.

Ahora bien, ¿y es cierto que en los casos difíciles, como dice Atienza, los jueces recurren al razonamiento analógico y, por ende, no actúan con discreción en sentido fuerte?; es decir, ¿las reglas del razonamiento analógico eliminan todo rastro de poder discrecional fuerte en manos del juez? En primer lugar, es conveniente señalar que parece exagerado sostener que los jueces siempre resuelven los casos difíciles según las reglas del razonamiento analógico. En efecto, como el mismo Atienza reconoce, dicha forma de razonar solamente opera en supuestos “esencialmente” similares y,

dada la imposibilidad material del legislador de prever todos los casos que deparará el futuro, es muy posible que se presenten casos nuevos que no sean “esencialmente” similares a ningún supuesto previamente resuelto por el sistema de reglas. Evidentemente, en casos como éstos, los jueces no podrán razonar según las pautas del método analógico, aunque todavía podrían recurrir a los principios para “buscar” una respuesta para el caso que tienen en sus manos... y, como se dijo en relación con Dworkin, ello tan sólo supondría retrasar el momento de la discreción judicial fuerte. Pero, asumiendo que el supuesto no regulado es “esencialmente” similar a un caso regulado, ¿ahí los jueces, al actuar según las reglas del razonamiento analógico, carecen por completo de discreción fuerte?

Como el propio Atienza explica, en los casos difíciles, el razonamiento analógico no excluye al razonamiento silogístico sino que tan sólo lo precede (éste es el último paso)²⁶⁷. Consecuentemente, en esos casos el juez, para fallar, también tiene que construir una regla general que cumpla la función de premisa mayor. Atienza dice que al construir esa regla general el juez no actúa con discreción fuerte porque utiliza la “analogía”. Pero cuando un juez utiliza la analogía, debe demostrar que el caso no regulado expresamente es “esencialmente” similar a un caso expresamente regulado y, para hacer eso, va a tener que recurrir a algún criterio de comparación (uno del tipo: “si dos casos presentan la característica “A”, aun cuando difieran en otras, son dos casos esencialmente iguales”) que le permita decir que el primero: (i) es “esencialmente” igual al segundo (comparten la característica “A”) y (ii), por supuesto, que no es “esencialmente” igual a otro caso también expresamente regulado (no comparten la característica “A”). Y en tanto ese criterio tendrá que ser eminentemente casuístico, entonces el juez tendrá que inventárselo ex-post recurriendo a sus propias consideraciones y valoraciones. Consecuentemente, siguiendo la propia lógica de Atienza, el razonamiento analógico no excluye la discreción judicial en sentido fuerte sino que tan sólo la retrasa²⁶⁸. Por lo demás, no se debe olvidar que las reglas racionales que guían el razonamiento analógico (la idea de coherencia con los principios y valores del ordenamiento), son reglas de “corrección” y no de validez. Por tanto, el hecho de que un juez utilice en forma incorrecta la analogía para sustentar la premisa mayor de su argumentación, no supondrá que su fallo final devenga en inválido ya que, como se dijo en el punto 4.1, ello tan sólo dependerá de la definitividad del mismo.

²⁶⁷ Cfr. Atienza, Manuel. “¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?”. Op. Cit., pp. 17-18.

²⁶⁸ No estás de más recordar que Posner, en su crítica al razonamiento por analogía, sostiene que en última instancia deja de ser únicamente “jurídico”. Y es que si bien es cierto que las personas tienen una capacidad innata para reconocer o identificar un patrón entre casos en principio diferentes o, lo que es lo mismo, un innato estándar de similitud (un “criterio de comparación”), también lo es que “whenever lawyers or judges differ on what pattern a set of cases composes, their disagreement cannot be resolved by an appeal to an intuitive sense of pattern or similarity” y, por tanto, se puede sostener que “reasoning by analogy, (...), is just a form of, or a way station to, a policy judgment” (Posner, Richard. “The jurisprudence of skepticism”. En: Michigan Law Review, N° 86, 1988, pp. 845-846). Posner, pues, también estaría de acuerdo en que el recurso a la analogía no elimina el momento discrecional fuerte, sino que tan sólo lo difiere “al último instante”.

4.2.2 No existen límites cognitivos (o valores de verdad) al poder discrecional fuerte de los jueces.

Sentado que las tesis cognitivas estudiadas no llegan demostrar que los jueces nunca actúan con discreción judicial en sentido fuerte, corresponde ahora evaluar si las tesis intermedia y de la determinación mínima del Derecho cumplen con su objetivo de demostrar que los jueces: (i) no siempre actúan con discreción fuerte (la intermedia), o (ii) siempre lo hacen pero sobre la base de haberlo hecho primero sin discreción o con discreción débil (la tesis de la determinación mínima). Es decir, corresponde evaluar si, como sostienen ambas tesis aunque con diferente intensidad, existen valores de verdad para los enunciados interpretativos y, por tanto, límites cognitivos al poder discrecional fuerte del juez.

Empezaré con la tesis intermedia sobre la interpretación. La crítica a este planteamiento consiste en demostrar que no es cierto que la interpretación judicial sea una actividad “cognoscitiva” en los casos claros (Hart) o en las “situaciones normales” (Bulygin). En primer lugar, es conveniente resaltar que a esta posición subyace un concepto “estricto” de interpretación que, como se dijo en el punto 1, presupone entender que, en el Derecho, existen enunciados jurídicos, de un lado, “claros y precisos” y, de otro, “oscuros y ambiguos”, siendo estos últimos los únicos que requerirían interpretación (el significado de los primeros estaría claro). Como se dijo en ese momento, este concepto pasa por alto el hecho de que, incluso, será la interpretación la que le dirá al intérprete, al momento de realizar esta actividad, si un texto es claro u oscuro²⁶⁹. Vale decir, un enunciado normativo, al margen de si es claro u oscuro, siempre es interpretable, aunque ciertamente en el primer caso la labor de determinar su significado aparezca, a los ojos del intérprete, como más sencilla. No se debe perder de vista que la interpretación judicial tan sólo es el proceso por medio del cual el juez determina el significado de un enunciado jurídico; actividad que podrá ser más o menos difícil, para el juez, en función de muy diversos factores que se pudieran presentar tales como la intención del autor del texto normativo, el contexto en el que fue emitido el mismo, los significantes lingüísticos que hubieran sido utilizados, etc. Que al juez le parezca que el significado de un enunciado jurídico “salta a la vista”, no quiere decir que éste no ha interpretado el mismo. Sólo supone entender que, para ese juez, determinar su significado ha sido relativamente sencillo (y digo “para ese juez” porque es posible que para otro el proceso sea más bien complejo)²⁷⁰.

Dicho esto, salta a la vista el punto débil de la tesis intermedia sobre la interpretación judicial. A mi juicio, asume erróneamente que la distinción entre “zona clara” y “zona

²⁶⁹ Cfr. Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Op. Cit., pp. 7-8.

²⁷⁰ Como acertadamente señala Cuenca, “en ocasiones, se “comprende” el sentido de un texto de un modo “aprobatorio”, “inmediato” o “rutinario”, sin que se requiera un ulterior razonamiento orientado a justificar la corrección de tal comprensión”, pero, “ello no supone que no concurra una actividad intelectual de naturaleza eminentemente interpretativa” (Cuenca Gómez, Patricia. *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*. Op. Cit., p. 404).

de penumbra” (Hart) o entre “situaciones normales” y “lagunas normativas” (Bulygin) es una distinción *objetiva* o, lo que es lo mismo, que no depende de las valoraciones subjetivas del intérprete²⁷¹. Es decir, según esta tesis, identificar la zona clara del enunciado normativo (Hart) o una solución genérica prevista por el legislador que resuelva un caso individual (Bulygin), no representaría mayor esfuerzo interpretativo ya que, a pesar de ser ambiguo, el lenguaje ordinario sí poseería un mínimo significado propio. No obstante, precisamente porque el lenguaje ordinario es vago e indeterminado, es posible sostener que la identificación de la supuesta “zona clara” de un texto normativo o de la solución genérica prevista en una regla creada por el legislador, también está sujeta a la discrecionalidad fuerte del intérprete. Así, pues, es muy posible que mientras que un juez considera que un caso “A” cae *claramente* dentro del supuesto de hecho de la regla “B”, otro juez frente a un caso idéntico entienda que la aplicación de la solución prevista en la regla “B”, al menos, es discutible. En ese sentido, es evidente que la distinción entre zona de certeza y zona de penumbra es “relativa” al intérprete y no al lenguaje utilizado por los enunciados jurídicos²⁷². Por lo demás, en virtud de la definición de validez adoptada en el punto 4.1, queda claro que el juez tendrá plena discreción para calificar de “oscura” –o atribuirle un significado distinto– incluso a una zona de un texto normativo que la comunidad jurídica –o lingüística– considera como “luminosa”. Si ello es así, entonces, difícilmente la “zona de certeza” puede constituirse en un límite “cognitivo” real al poder del juez para crear Derecho.

Es tan relativa a la discreción del intérprete (el juez) la dicotomía “caso claro” / “caso oscuro” que incluso un caso puede ser calificado como “difícil” sin necesidad de que caiga en la zona de penumbra (Hart) o de que sea un excepcional supuesto de laguna normativa (Bulygin). Precisamente, ello es lo que sucede cuando la solución prevista por el sistema de reglas le plantea al intérprete (el juez) problemas valorativos. Y es que, como explica Cuenca, “en ocasiones, un caso es tratado como difícil, no por la indeterminación del enunciado jurídico aplicable, sino porque la solución que resulta de la aplicación de tal enunciado, en su significado más inmediato, se enfrenta con los valores del intérprete”²⁷³. Es decir, podría ser que un caso particular, a los ojos del juez, cae “claramente” en el supuesto de hecho (el caso genérico) previsto en un texto normativo pero que, no por ello, sea un caso fácil de resolver ya que puede ser que, también a los ojos del juez, la consecuencia jurídica prevista por el legislador (la solución genérica) sea particularmente “injusta”, “inmoral”, “desproporcionada”, “irracional”, “inadecuada”, etc.; y, por tanto, que en virtud de sus propias valoraciones y

²⁷¹ Cfr. Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Op. Cit., pp. 17-18.

²⁷² Como nuevamente resalta Cuenca, “la claridad no es una propiedad de los textos o de los casos que preexista a la interpretación, sino que es, a su vez, el resultado de una decisión interpretativa. Desde este enfoque los intérpretes no sólo gozarán de libertad para decidir la solución de controversias que caen en la “zona de penumbra”, sino también para “decidir si una controversia cae o no en el núcleo luminoso”, de tal manera que los “inciertos confines” entre el “núcleo” y la “penumbra” serían, en realidad, definidos de manera discrecional por los propios intérpretes” (Cuenca Gómez, Patricia. *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*. Op. Cit., p. 405).

²⁷³ Cuenca Gómez, Patricia. *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*. Op. Cit., p. 406.

creencias esté tentado a fallar –o que fallé– en contra de lo expresado textualmente por el legislador en el enunciado normativo²⁷⁴. En tal sentido, ni siquiera en los casos absolutamente claros es posible asumir que el juez siempre realiza un acto puro del conocimiento. Así, pues, es evidente que el juez tendrá la discreción fuerte para decidir cuándo un caso fácil se problematiza y cuándo no (no existe un criterio *ex ante* que regule esa toma de decisión) y, por supuesto, ello también presupone que el juez, en verdad, tiene el poder de decidir cuándo se somete y cuándo no incluso al sentido más fácilmente interpretable de los enunciados jurídicos (la “zona de certeza”). Por tanto, no parece ser que existan límites cognitivos al poder discrecional fuerte del juez ni siquiera en los casos supuestamente claros²⁷⁵.

Pero no sólo eso, no debe perderse de vista que, como ha demostrado Guastini, la distinción entre zona clara y zona de penumbra, que es central en la tesis intermedia o ecléctica, es relativa también a las particularidades del caso concreto y, como tal, lo único que hace es afirmar que no siempre es controversial el proceso de subsunción normativa. Efectivamente, para Guastini, hay que diferenciar entre la interpretación judicial dirigida a fijar la norma jurídica (la interpretación *en abstracto*), de aquella que tan sólo persigue subsumir el caso concreto en el caso genérico (la interpretación *en concreto*). Así, para él, mientras que la primera tendría por objeto los “enunciados normativos completos” y, como tal, estaría dirigida a establecer la “norma jurídica” a ser aplicada (por ejemplo, “el que obra en legítima defensa no comete homicidio”); la segunda solamente se limitaría a dilucidar el sentido de ciertos “predicados” de los enunciados completos ya interpretados, a fin de posibilitar la calificación normativa de los hechos concretos (por ejemplo, “la *legítima defensa* no cubre los *ataques preventivos*”)²⁷⁶. Y si ello es así, resulta que la posible presencia de “casos claros” o de “casos oscuros” (como afirman los defensores de la tesis intermedia), es un problema vinculado a la subsunción del supuesto concreto en el supuesto genérico (por ejemplo, ¿calza el ataque preventivo en la legítima defensa?), pero no dice absolutamente nada sobre el necesario paso previo: determinar la norma jurídica en la que se quiere subsumir los hechos del caso (por ejemplo, ¿es la legítima defensa un eximente de responsabilidad penal?)²⁷⁷. Esto quiere decir, entonces, que la tesis intermedia o ecléctica gira en torno a los “enunciados subsuntivos” (por ejemplo, “A calza en B”) pero no sobre los “enunciados interpretativos” (por ejemplo, “B significa C”) que, como

²⁷⁴ Y ello es así porque, como señala Guastini, “en el ámbito jurídico, el significado de los enunciados normativos es una variable dependiente no sólo de las reglas sintácticas y semánticas del idioma en el cual son formulados tales enunciados, sino también y sobre todo: a) de la particular técnica interpretativa utilizada, b) de las tesis dogmáticas presupuestas y, naturalmente, c) de las preferencias o de los juicios de valor formulados o (como más a menudo sucede) sobreentendidos por el intérprete” (Guastini, Riccardo. “Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación”. Op. Cit., pp. 156-157).

²⁷⁵ En la tercera parte, cuando se evalúe el problema de los textos normativos desde el punto de vista interno o de los propios jueces, se estudiará cómo las denominadas “lagunas axiológicas” pueden llevar al juzgador incluso a *dejar de lado* un estándar normativo en principio aplicable y, acto seguido, *fijar uno nuevo* que, desde su perspectiva, resuelva de modo aceptable la controversia que tiene en sus manos.

²⁷⁶ Cfr. Guastini, Riccardo. “Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación”. Op. Cit., pp. 148-152.

²⁷⁷ Cfr. Ibid., p. 153.

sostiene Guastini, es “donde se ejercita primariamente la discrecionalidad interpretativa”²⁷⁸.

Si lo que se acaba de decir es correcto, como creo que lo es, entonces de nada vale demostrar que “existen” valores de verdad para los “enunciados subsuntivos”²⁷⁹, porque para saber si los jueces tienen –o no– discreción fuerte es necesario determinar si los “enunciados interpretativos” tienen –o no– valores de verdad. Y, en este momento, es donde cobran relevancia todas las posiciones que, de alguna u otra manera, afirman que los “significantes lingüísticos” que utiliza el lenguaje jurídico no son absolutamente indeterminados, desde que poseen “significados” predeterminados que precisamente son los que posibilitan la comunicación interpersonal y que, a efectos de la interpretación jurídica, se constituyen en indiscutibles valores de verdad (o, lo que es lo mismo, en límites cognitivos). Desde luego, esta es la posición de Cuenca que, como se dijo en el punto 3.3, considera que el significado literal y sistemático de los enunciados jurídicos (las normas-dato), es un límite cognoscitivo mínimo (o un valor de verdad) para evaluar la validez de las decisiones judiciales. Pero, en el mismo sentido, se ha pronunciado Laporta quien, a los efectos de rebatir el escepticismo interpretativo, dirá que aun cuando pudiera ser cierto que las palabras no tienen algo así como un significado “propio” (o esencial), ello no significa que los significados les son atribuidos libremente por aquellos que las usan o leen en cada ocasión, desde que “los significados de las palabras y las oraciones son fruto de convenciones sociales, prácticas regladas y consensos científicos que en una medida muy importante nos encontramos ya establecidos cuando ingresamos como miembros de una comunidad de hablantes”²⁸⁰ y, como tal, “el significado, (...) es una propiedad de expresiones u oraciones-tipo fijada por convenciones de uso que aprendemos cuando aprendemos el lenguaje. No depende de particulares ocasiones de uso, sino de reglas”²⁸¹.

Un enfoque similar es el de Moreso quien, a fin de demostrar que existen valores de verdad para los enunciados interpretativos, sostendrá que los jueces –incluso los que tienen la última palabra– pueden equivocarse al momento de atribuir significados a

²⁷⁸ Guastini, Riccardo. “Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación”. Op. Cit., p. 154. Como dijo en otro momento, “los problemas de extensión o denotación de los predicados conciernen al ámbito de aplicación de las normas. Son problemas de subsunción de casos concretos bajo normas (bajo clases de casos), habiendo sido ya dichas normas (dichas clases de casos) previamente identificadas. Sin embargo, los principales problemas de interpretación, los más importantes, no son de este tipo. Ellos conciernen a la propia identificación de la clase de actos, no a la denotación o extensión de los predicados, sino al sentido o intensión de las disposiciones normativas (enunciados completos). Es decir, se refieren a la norma (o las normas) que las disposiciones expresan” (Guastini, Riccardo. “Hart sobre indeterminación, incompletitud y discreción judicial”. En: *El postscript de H. L. A. Hart. Nueve ensayos*. Cristina Redondo (editora). Lima: ARA, 2010, p. 138).

²⁷⁹ De hecho, para Guastini, se puede aceptar que los enunciados subsuntivos poseen valores de verdad bajo la condición de que “el supuesto de hecho concreto sea descrito con los mismos términos utilizados en la formulación (o en la reformulación interpretativa) de la norma” (Guastini, Riccardo. “Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación”. Op. Cit., p. 152, foot note 15).

²⁸⁰ Laporta, Francisco J. *El imperio de la Ley. Una visión actual*. Op. Cit., p. 179.

²⁸¹ Ibid., p. 182.

ciertos enunciados normativos, desde que el sentido de los mismos no siempre está sujeto a su discreción (aunque, eso sí, reconoce que siempre han de ser obedecidos). Esta idea, que denomina “la doctrina Julia Roberts”, supone afirmar que los significantes del Derecho no están absolutamente indeterminados porque, en su opinión, puede aceptarse que ciertas proposiciones normativas sobre la existencia de normas jurídicas son indiscutiblemente verdaderas y, por tanto, que “su verdad no depende de las decisiones de los tribunales”²⁸². ¿Y cómo se identifican esos valores de verdad que limitarían el poder discrecional fuerte de los jueces? Moreso, a los efectos de abordar este problema, recurrirá a dos teorías propias de la lingüística: (i) la teoría descriptiva que afirma que el significado depende de las descripciones que socialmente se asocian a determinadas expresiones, de forma que serán dichas convenciones las que determinen aquello a lo que hace se está haciendo “referencia” (a lo que se alude); y (ii) la teoría causal que, a diferencia de la anterior, sostiene que el significado viene predeterminado por su propia referencia (y no por convenciones sociales), de manera que habrá que atender a las propiedades *esenciales* de las cosas²⁸³. Sea como fuere, ya sea que se atiende a las descripciones con las que se les asocia socialmente, ya sea que se toma en cuenta sólo sus propiedades esenciales, lo cierto es que en la lógica de Moreso los significantes que se utilizan para expresar enunciados jurídicos, contienen significados “verdaderos” o, lo que es lo mismo, que no dependen de la discreción de los jueces²⁸⁴.

Vistas así las posiciones de Cuenca, Laporta y Moreso, ¿es cierto que los significados lingüísticos, al margen de cómo se identifican, se constituyen en límites cognoscitivos para la interpretación judicial? Como se ha podido apreciar, si sus respectivos planteamientos tienen algo en común es precisamente sostener, en contraposición al escepticismo interpretativo, que los “significantes lingüísticos” que utilizan los enunciados jurídicos no son absolutamente indeterminados y, como tal, que estos últimos poseen significados que son autónomos o independientes de las preferencias de los jueces. Cómo se identifican –o, mejor, deben identificarse– esos supuestos “valores de verdad”, es algo en lo que difieren. Pero, en algo que es difícilmente rebatible, constatan que el lenguaje ordinario, que es el lenguaje por medio del cual se manifiestan las prescripciones jurídicas, no es totalmente indeterminado y, por tanto, que en el ámbito de la comunicación interpersonal sí existen significados predeterminados o, lo que es lo mismo, que no dependen de los usos que quisieran darle los emisores o los receptores. Y es que, como señala Cuenca, existen reglas semánticas y sintácticas, compartidas por la comunidad lingüística correspondiente

²⁸² Cfr. Moreso, José Juan. “La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables”. En: *Los desacuerdos en el Derecho*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, pp. 57-63.

²⁸³ Así, por ejemplo, mientras que la primera dirá que los tomates son verduras porque con ellas los asocian los usuarios de dicha expresión, la segunda dirá que son frutos porque, según la botánica, esa es su característica propia o esencial (Cfr. Moreso, José Juan. “Tomates, hongos y significado jurídico”. En: *Los desacuerdos en el Derecho*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, pp. 29-35).

²⁸⁴ De hecho, Moreso ya entrando en el plano prescriptivo, propondrá adoptar una suerte de “teoría híbrida” (a veces convencional, a veces causal), a fin de determinar el significado de las expresiones jurídicas (Cfr. Moreso, José Juan. “Tomates, hongos y significado jurídico”. Op. Cit., pp. 46-47).

(convenciones sociales en la lógica de Laporta), que son las que permiten a los usuarios de esa lengua comunicarse y darse a entender entre sí. Así, pues, a cada conjunto ordenado de significantes de una lengua determinada (los enunciados lingüísticos), de conformidad con las reglas semánticas y sintácticas vigentes en ella, le corresponderá un significado básico o elemental que será precisamente el que permitirá la comunicación interpersonal. Difícilmente, entonces, se podrá rechazar que existen “valores de verdad”, o significados preexistentes, en el ámbito de la comunicación lingüística.

No obstante, y esto es algo en lo que no reparan los autores bajo comentario, que las reglas semánticas y sintácticas vigentes en la esfera del lenguaje ordinario —o las convenciones lingüísticas sociales—, precisamente nos permitan decir que existen “significados lingüísticos” asentados o socialmente compartidos, no quiere decir que los mismos *automáticamente* se incorporan al ámbito del Derecho con el estatus de “significados jurídicos” que delimitan la “verdad —o falsedad— jurídica” de los enunciados interpretativos producidos por los jueces. Y es que de comprobarse que el lenguaje jurídico utiliza para expresarse al lenguaje ordinario, no se puede deducir sin más que las reglas semánticas y sintácticas de este último se transforman —o se convierten— en reglas jurídicas que condicionan la validez de las decisiones interpretativas²⁸⁵. No debe perderse de vista que, según las pautas del propio positivismo jurídico (que es al que se adscriben los autores antes señalados), el Derecho es un sistema artificial, un producto, puesto o creado por los seres humanos²⁸⁶, donde la reglas —o contenidos— que lo componen, para existir, tienen que haber sido expresamente creadas o producidas según los mecanismos de producción normativa o, en última instancia, tienen que encontrar apoyo en una práctica social de seguimiento (la tesis de las fuentes sociales del Derecho)²⁸⁷. En tal sentido, no parece ser suficiente con demostrar que las reglas semánticas y sintácticas del lenguaje natural —o las convenciones lingüísticas sociales— predeterminan “valores de verdad” que posibilitan la comunicación interpersonal, para sostener que las mismas automáticamente se transforman en reglas jurídicas que delimitan o condicionan los posibles “significados jurídicos” a ser asignados por los jueces.

²⁸⁵ No está de más recordar, con Guastini, que la teoría de la interpretación ecléctica “(...) piensa que el funcionamiento del lenguaje jurídico no es tan distinto del funcionamiento del lenguaje natural, o, mejor dicho, que la “comunicación” jurídica —entre las autoridades normativas y los intérpretes— no es distinta de la comunicación ordinaria. En realidad, las cosas no son exactamente así. La comunicación jurídica es muy distinta de la comunicación ordinaria y, quizás, de cualquier otro tipo de comunicación” (Guastini, Riccardo. “Hart sobre indeterminación, incompletitud y discreción judicial”. Op. Cit., pp. 138-139).

²⁸⁶ Como dice Ferrajoli: “(...) considero que precisamente el planteamiento iuspositivista pone de relieve el carácter “positivo”, es decir artificial, del derecho moderno, y permite reconocerlo como un producto de las elecciones ético-políticas del legislador, tanto ordinario como constitucional, así como de aquellas realizadas por los jueces y todos los demás operadores jurídicos” (Ferrajoli, Luigi. “Constitucionalismo y teoría del Derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso”. En: *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*. Gerardo Pisarello y Ricardo García Manrique (editores). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, p. 173).

²⁸⁷ La tesis de las fuentes sociales del Derecho junto con la de la discrecionalidad judicial y de la separación conceptual entre Derecho y Moral, son las tres tesis características del positivismo jurídico anglosajón. Al respecto, véase: Hart, H. L. A. “El nuevo desafío al positivismo jurídico”. Traducción de L. Hierro, F. Laporta y J. R. Páramo. En: *Sistema*, N° 36, 1980, pp. 3-18.

No sé si Laporta o Moreso estarían de acuerdo conmigo, pero me parece que Cuenca sí lo estaría desde que, en otro momento, sostuvo que “la admisión de criterios materiales de validez [papel que cumple el sentido literal en su posición] (...) no tiene por qué enfrentarse a la tesis del origen de las normas en actos de voluntad o en fuentes sociales siempre y cuando se afirme que los contenidos relevantes a estos efectos son exclusivamente aquellos integrados en el sistema por mediación de la voluntad de la autoridad competente (o, en otros términos, de la fuente social pertinente) y, en última instancia, aquellos que resulten eficaces (o, en otras palabras, aquellos sobre los que converja una práctica social común de seguimiento)”²⁸⁸. Es decir, siguiendo la tesis positivista de las fuentes sociales, debe reconocerse que para que las reglas que delimitan los significados en el lenguaje ordinario se constituyan en “valores *jurídicos* de verdad” para los enunciados interpretativos judiciales (esto es, para que existan en el ámbito del Derecho), tendría que existir o bien alguna regla creada por la autoridad competente que así lo establezca, o bien una práctica social de seguimiento que así lo disponga. Y si bien es cierto que la presencia de una regla como la señalada es contingente (puede o no existir), también lo es que en caso de existir: (i) tan sólo sería otro enunciado normativo y, como tal, estaría sujeto a la discreción fuerte de los jueces que tendrían que determinar cuál es el mandato –o la norma jurídica– que supuestamente contiene; y, sobre todo, (ii) en caso de incumplirse, como se dijo al finalizar el punto 4.1, todo parece indicar que la práctica social existente es que deben ser seguidos todos los fallos judiciales *definitivos*²⁸⁹, al margen de si se pliegan o no a los “valores *lingüísticos* de verdad”.

Expliquemos un poco más lo dicho. Según el positivismo, para que una regla lingüística (semántica y/o sintáctica) se constituya en un límite jurídico al poder discrecional del juez, tendría que existir dentro del Derecho con la condición de norma jurídica. La cuestión está en saber si tal regla, de existir, lo hace con carácter previo a la actividad judicial o si, por el contrario, como consecuencia de ésta. Si es lo primero, entonces sería un criterio normativo *ex-ante* pero, si es lo segundo, sería un criterio normativo *ex-post*. Pues bien, lo que se está tratando de decir es que si se sostiene que ese criterio existe como producto de una autoridad competente distinta del juez (la única manera en que podría ser un límite cognoscitivo o un valor jurídico de verdad), el mismo tan sólo sería un “enunciado normativo” que, para convertirse en “norma jurídica”, requerirá de un acto interpretativo realizado por la autoridad judicial correspondiente a los efectos de determinar su significado. Y si ello es así, el carácter jurídico de las reglas lingüísticas –o su existencia dentro del Derecho como “valores de verdad”–, al final dependerá de lo que el juez respectivo decida discrecionalmente en

²⁸⁸ Cuenca Gómez, Patricia. “Sobre el iuspositivismo y los criterios de validez jurídica”. Op. Cit., p. 215.

²⁸⁹ Este último dato, como se dijo, es expresamente aceptado por Moreso con los siguientes términos: “los jueces pueden equivocarse, pero también han de ser obedecidos, con arreglo al derecho, cuando se equivocan” (Moreso, José Juan. “La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables”. Op. Cit., p. 86).

relación con el enunciado jurídico que supuestamente así lo dispone; a menos, claro está, que se afirme que existe un meta-criterio también cognoscitivo que, a su vez, limita la discreción fuerte que tiene el juez para decidir cuál es el significado del texto normativo que establece a las reglas lingüísticas como criterio cognitivo y, por supuesto, ello sería un caso de regreso al infinito (ese otro criterio también sería interpretable). En consecuencia, la propia existencia de las reglas lingüísticas (semánticas y/o sintácticas) como criterios normativos cognitivos, al final dependerá de un acto de la voluntad realizado por el juez correspondiente.

No sólo es dudoso, pues, que exista una regla positiva que obligue a los jueces a ceñirse, al menos, a las reglas semánticas y sintácticas de la lengua ordinaria a través de la cual se expresa el Derecho; sino que, además, en caso de existir, resulta que su aplicación efectiva, como cualquier otra regla del sistema, también estará mediatizada por los poderes interpretativos de los jueces y tribunales. No parece ser, entonces, que las reglas semánticas y sintácticas vigentes en la esfera del lenguaje ordinario –o las convenciones lingüísticas sociales–, puedan transformarse en ese elemento cognitivo (o criterio de verdad) que delimitaría todo acto interpretativo de los significantes jurídicos. Pero no sólo eso, asumiendo que su existencia dentro del Derecho no depende de un acto de discreción judicial, aparece el problema de su incumplimiento. Y es que para ser un límite “real”, no basta con argumentar que su no cumplimiento teóricamente conlleva la invalidez del acto judicial correspondiente. En mi opinión, además hay que demostrar que *de hecho* ello sucede de esa manera, es decir, se tiene que demostrar que no es posible que se presente una sentencia inválida pero que de todas maneras se cumple. Aun cuando, tanto Cuenca como Moreso piensan que sí es posible una situación como la señalada²⁹⁰, desafortunadamente frente al posible incumplimiento de las reglas de la lingüística (semánticas y/o sintácticas) por parte de los órganos jurisdiccionales que tienen el poder de decir *la última palabra*, no existe la práctica social correspondiente que sustente dar el trato de “inválidas” a aquellas sentencias *definitivas* en que se obra de ese modo. Por el contrario, como se dijo en punto 4.1.3, la premisa común bajo la que actúan los juristas –y la ciudadanía– es considerar que todas las sentencias que son inmodificables, inapelables o definitivas, sea cual sea su contenido, siempre vienen a ser el Derecho que válidamente se cumple o se hace cumplir.

Por lo demás, y ya para terminar, habría que añadir que manejar una noción teórica de validez como *pertenencia* –que es la única que permite decir que el último órgano judicial puede emitir fallos inválidos–, supone sostener a su vez que la propia noción de sistema jurídico acepta que se presenten decisiones judiciales “inválidas” pero que, al ser irrevocables, pueden ser ejecutadas o impuestas incluso coactivamente. Y si ello es así, se estaría dando la contradicción lógica –que el propio sistema acepta habría

²⁹⁰ Cfr. Cuenca Gómez, Patricia. *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*. Op. Cit., p. 512; y Moreso, José Juan. “La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables”. Op. Cit., pp. 71-81.

que añadir— de tener un fallo que teóricamente no tendría valor alguno (por ser inválido) pero que igual es impuesto por los órganos de justicia correspondientes (en tanto es ejecutable)²⁹¹. Pues bien, si el Derecho es un “sistema” de “control social”, entonces requiere de conceptos que sean coherentes entre sí y que, al ser ejecutados, se cumplan en la praxis. Las ideas de validez y de definitividad, entonces, no pueden ir disociadas. Porque, nada más incoherente que afirmar que una sentencia, a pesar de ser inválida, debe ser cumplida por ser definitiva (recuérdese que incluso los jueces tienen el poder de imponer sus fallos por la fuerza). Y, por supuesto, nada más ineficaz para el Derecho que sostener que sus criterios de validez “material” (esto es, sus “valores de verdad”) que, por definición, son los que buscan imponerse en la praxis como modelos de conducta, puede que nunca se conviertan en realidad o, en todo caso, que ello depende de que los jueces así lo quieran.

4.2.3 La supervivencia de la concepción escéptica de la interpretación jurídica y la configuración de los jueces en un real “Poder Judicial”.

Dado que ni las tesis cognitivas ni las tesis intermedia y de la determinación mínima cumplen con sus objetivos, en este punto se va a sostener que la mejor explicación sobre lo que, de hecho, hacen o pueden hacer los jueces continúa siendo la tesis escéptica estudiada en el punto 3.1. Para ello, se van a estudiar y refutar las críticas que se han hecho a esta posición. Al final, se va a sostener que, con algunos “ajustes”, todavía es posible sostener que, tal como señala el escepticismo, la interpretación judicial constituye un acto puro de la voluntad y, por tanto, que los jueces, al momento de asignar un significado a los enunciados normativos, siempre actúan con discreción fuerte.

Como se dijo al final del punto 3.1, la tesis escéptica manejada por el realismo estadounidense fue seriamente cuestionada por Hart porque, en su opinión, incurriría en una serie de “incongruencias internas” o, lo que es lo mismo, no sería coherente con sus propios postulados y, como tal, terminaría aceptando lo que, según sus propias premisas, debería rechazar. Así, en primer lugar, dirá que si las reglas sólo existen después de haber sido recogidas por los jueces, entonces aparece la siguiente pregunta: ¿cómo se explica su creación y competencias? Por ejemplo, frente a la afirmación extrema del realismo de que el Derecho consiste simplemente en las decisiones de los tribunales y, subsidiariamente, en las predicciones de ellas (es decir, no hay reglas *ex ante*)²⁹², Hart dirá: “expresada de forma general, tanto respecto de las

²⁹¹ Tomando en cuenta este dato, y a los efectos de salvar su propia posición, Moreso afirmará que “nuestros sistemas de reglas son, en la terminología de John Rawls, casos de justicia procesal imperfecta: es decir, supuestos para los que disponemos de un criterio sustantivo de corrección para saber si hemos seguido o no las reglas, y procedimientos falibles para dicha determinación”; razón por la cual, para él, no es una paradoja sostener, como él lo hace, que “los jueces pueden equivocarse, pero también han de ser obedecidos, con arreglo al derecho, cuando se equivocan” (Moreso, José Juan. “La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables”. Op. Cit., pp. 51-86).

²⁹² Cfr. Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Op. Cit., p. 170 y Hierro, Liborio L. *El realismo jurídico escandinavo: una teoría empirista del derecho*. Op. Cit., p. 114.

reglas secundarias como de las primarias, es por cierto una pretensión completamente incoherente; porque la afirmación de que hay decisiones de los tribunales no puede ser consistentemente combinada con la posición que, en forma absoluta, niega que hay reglas. Esto es así porque, (...), la existencia de un tribunal implica la existencia de reglas secundarias que confieren potestad jurisdiccional a una sucesión cambiante de individuos y, con ello, autoridad a sus decisiones”²⁹³. Vale decir, de acuerdo con esta objeción, sería incoherente afirmar que antes de las sentencias no hay Derecho ya que, por lo menos, habrá que reconocer que la existencia de los propios órganos judiciales se debe a reglas jurídicas secundarias (las reglas de adjudicación) que *previamente* los crean, luego les atribuyen competencias y, finalmente, les otorgan la autoridad correspondiente para imponer lo que decidan (incluyendo la autoridad final o última)²⁹⁴.

En mi opinión, ésta es una objeción fuerte, sumamente sugerente, pero que no es insuperable²⁹⁵. No debe perderse de vista que, según la propia teoría de Hart, la existencia de las reglas secundarias de adjudicación también depende de un acto de discreción judicial. Y es que, como él mismo señala, la validez de las reglas secundarias, en última instancia, descansa en un hecho social: la regla de reconocimiento. Pero, en su propia teoría, dicho hecho social se manifiesta en la práctica cotidiana de los operadores jurídicos, especialmente los jueces²⁹⁶. Esto quiere decir, entonces, que así como la existencia de jueces *con el poder de imponer su voluntad*, en último término, depende de la regla de reconocimiento, la propia existencia de esta última presupone la presencia de jueces *con el poder de imponer su voluntad*. Y si ello es así, entonces resulta que la objeción de Hart descansa en un claro razonamiento “circular” que, sin duda, pone en cuestión su propia consistencia lógica²⁹⁷. ¿Cuál, pues, va primero? A fin de romper tal círculo vicioso, MacCormick sostiene que no es cierta la afirmación de Hart de que no pueden existir jueces *con el*

²⁹³ Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Op. Cit., p. 170. Como señala MacCormick, “Hart fustiga a los realistas por negar que haya reglas jurídicas y por afirmar que el derecho es únicamente lo que los jueces y otros funcionarios o autoridades hacen en torno a las disputas. Argumenta que cualquier versión fuerte de esta doctrina es obviamente absurda, porque no podría haber ni jueces ni otros funcionarios y autoridades si no hubiese al menos algunas reglas de enjuiciamiento razonablemente claras que facultaran a algunos individuos a desarrollar las tareas que desempeñan los jueces y otros funcionarios” (MacCormick, Neil. *H. L. A. Hart*. Traducción de Juan Manuel Pérez Bermejo. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, p. 232).

²⁹⁴ Cuenca plantea dicha objeción con los siguientes términos: “la propia apelación a las decisiones de los jueces u otros funcionarios encargados de resolver los conflictos jurídicos presupone la existencia de reglas formales relativamente determinadas que les atribuyen tal competencia” (Cuenca Gómez, Patricia. *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*. Op. Cit., p. 385).

²⁹⁵ Para Solar Cayón, una “de las críticas más frecuentes y contundentes que se han dirigido desde distintas corrientes jurídicas a la definición realista ha sido la radical imposibilidad de definir el derecho en relación a la conducta de los jueces u otros oficiales encargados de su aplicación a los casos particulares en la medida en que simplemente hablar de la existencia de tales personas presupone admitir la idea previa de ciertas normas que han de suministrar los criterios para identificar a aquellos” (Solar Cayón, José Ignacio. Op. Cit., p. 1189).

²⁹⁶ Cfr. Hart, H. L. A. *El concepto de Derecho*. Op. Cit., pp. 125-153 y, del mismo autor, “Postscriptum”. Op. Cit., pp. 117-130.

²⁹⁷ Sobre el carácter circular de la regla de reconocimiento, Cfr. MacCormick, Neil. *H. L. A. Hart*. Op. Cit., pp. 210-215. En el mismo sentido, Cfr. Ruiz Manero, Juan. *Jurisdicción y normas: dos estudios sobre función judicial y teoría del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 124-134.

poder de imponer su voluntad sin una regla *secundaria* preestablecida que claramente les confiera *poderes* de adjudicación²⁹⁸. Y es que, en su opinión, para que exista la “función judicial” no es imprescindible la presencia de una regla como la señalada. Para él, bastará que alguien, en virtud de una regla consuetudinaria, tenga el *deber* de emitir un juicio sobre cualquier demanda que se ponga ante sus ojos, sobre la base de reglas relativas a conductas lícitas o ilícitas (las reglas primarias) y que, a estos efectos, posea el monopolio sobre el uso justificado de la fuerza²⁹⁹.

En tal sentido, para MacCormick, no es necesario para que haya jueces que preexista una regla *secundaria* que confiere *poderes* de adjudicación (desde luego, esto no niega el hecho de que en los Derechos contemporáneos sí existan reglas como la señalada). Sólo se requerirá de una regla que disponga que alguien tiene *deberes* de adjudicación³⁰⁰; esto es, de una regla –habría que añadir– no ya *secundaria* sino tan sólo *primaria* (cuya existencia, en la lógica de Hart, no requiere necesariamente de la presencia previa de “autoridades”). ¿Esto quiere decir, entonces, que al menos debe existir una regla primaria como la señalada para que haya jueces? Si la definición del término “juez” es eminentemente normativa, entonces es indudable que sólo se puede explicar su presencia a través de alguna regla que no dependa, a su vez, del reconocimiento de los órganos que instituye. Y eso es, precisamente, lo que pretende MacCormick con su propuesta. Desde luego, se puede afirmar con Ruiz Manero que su propuesta es incompleta porque para caracterizar el concepto de “juez” no basta sólo con recurrir a normas sociales que estipulan *deberes*, desde que lo definitivo en dicha idea es el *poder* normativo de decidir controversias mediante decisiones autoritativas u obligatorias (que es lo que Ruiz Manero hace³⁰¹). Al margen de si MacCormick o Ruiz Manero están en lo correcto³⁰², todo parece indicar pues que aun cuando la propuesta de Hart es lógicamente inconsistente (por circular), sí es cierto que la existencia de jueces presupone la pre-existencia de alguna norma social o consuetudinaria. Y en esto, precisamente, consiste el cuestionamiento al realismo jurídico.

²⁹⁸ Cfr. MacCormick, Neil. *H. L. A. Hart*. Op. Cit., p. 216.

²⁹⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 219.

³⁰⁰ En palabras de MacCormick, “dado que hemos esquivado la observación de que los jueces no pueden preexistir a una regla que confiera poderes de enjuiciamiento, y dado que aceptamos que la función judicial depende en su nivel más profundo del concepto de “deber”, y no del concepto de “poder”, nos resulta posible percibir cómo puede ponerse en movimiento y desarrollarse un sistema jurídico. Por definición, y de forma necesaria, la función judicial se remite como mínimo a alguna regla rudimentaria de reconocimiento que exija a los “jueces” decidir de acuerdo con algunas normas existentes e independientes de su propia decisión. Pero, por sí misma, la regla de reconocimiento representa deberes, y no poderes” (MacCormick, Neil. *H. L. A. Hart*. Op. Cit., p. 227). Más adelante, en el tercer capítulo, se sostendrá apelando a la idea del juego de juzgar, que la existencia de jueces sólo depende de la presencia de una serie de reglas *empíricas de funcionamiento*.

³⁰¹ Para Ruiz Manero, “son jueces aquellas personas (o grupos de personas, etc.) a quienes, en virtud de reglas sociales aceptadas, se considera titulares de los deberes y poderes normativos que definen el rol de juez (...). O, dicho en términos más simples, son jueces aquellos que son reconocidos socialmente como tales, esto es, como titulares de los deberes y poderes normativos que definen el rol judicial” (Ruiz Manero, Juan. Op. Cit., p. 133).

³⁰² Bulygin y Mendonca, por ejemplo, piensan que ambos están equivocados (Cfr. Bulygin, Eugenio y Mendonca, Daniel. *Normas y sistemas normativos*. Op. Cit., pp. 55-58).

Sin embargo, aceptar que debe existir una regla como la señalada no supone un gran desafío. Y es que admitir que para que haya jueces *socialmente* se le debe atribuir a alguien el *deber* y/o el *poder* de resolver controversias definitivamente, no excluye el hecho de que los jueces, luego de su instalación como tales, pueden decidir actuar como si no tuvieran límite alguno, ni siquiera formales o impuestos por las contemporáneas reglas secundarias de adjudicación (esto sucede, por ejemplo, cuando se atribuyen competencias que se entiende que formalmente no les corresponden). Esta constatación, en la que reside me parece la esencia de la perspectiva realista de la función judicial³⁰³, se refuerza si es que se combina con el argumento del “último” órgano judicial para administrar justicia. Y es que, siempre es posible preguntarse: ¿cómo se puede afirmar que tienen límites jurídicos cognitivos si sus fallos, sean en el sentido que sean, siempre serán jurídicamente válidos? Es por ello que Hart, reconociendo esta posible variante o salida realista, presentará tres objeciones basadas en el “punto de vista interno” (o de los propios jueces), a fin de refutar la afirmación de que las reglas, para los jueces, no suponen absolutamente nada dentro del proceso de decisión judicial. Dicho en otros términos, dirá que el escepticismo interpretativo no es tan “realista” como se propone porque, a su juicio, no refleja el comportamiento normal y la actitud real de los jueces frente a las reglas preexistentes, ya sean primarias, ya sean secundarias.

En primer lugar, Hart sostendrá que el Derecho, al igual que las promesas, se cumple porque hay una regla preexistente que obliga a cumplirlo (regla cuya existencia se constata si es que se adopta el punto de vista interno) y no porque sea habitual actuar conforme con el mismo. Es decir, que las reglas tengan textura abierta (o un amplio grado de indeterminación) no quiere decir que no existe una regla que, precisamente, obliga a cumplir con las reglas³⁰⁴. En segundo lugar, reconocerá que es posible que los jueces tomen sus decisiones en función de intuiciones, “pálpitos”, presentimientos, etc., denotando de esta forma que nunca consideraron como obligatorias a las reglas que utilizan en sus resoluciones³⁰⁵; pero, también afirmará que, desde el punto de vista interno, es necesario reconocer que muchos jueces sí consideran a las reglas que

³⁰³ Como explica Solar Cayón, “la razón de ser y el sentido del proyecto realista (...) ha de entenderse fundamentalmente como una propuesta estratégica de investigación de la función judicial de resolución de los conflictos jurídicos”, antes que “una pretensión de delimitación de las fronteras del dominio jurídico en base a determinadas notas consideradas objetivas y esenciales” (Solar Cayón, José Ignacio. Op. Cit., p. 1196).

³⁰⁴ Hart, textualmente, señala lo siguiente: “Argumentar de esta manera es pasar por alto lo que las reglas efectivamente son en cualquier esfera de la vida real. Sugiere que no hallamos ante el siguiente dilema: O las reglas son lo que serían en el paraíso del formalista y ellas sujetan como cadenas; o bien no hay reglas, sino únicamente decisiones predecibles o tipos de acción predecibles. Este, (...), es un dilema claramente falso. Prometemos visitar a un amigo al día siguiente. Cuando llega ese día resulta que cumplir la promesa nos obligaría a desatender a una persona seriamente enferma. El hecho de que esto se acepte como una razón adecuada para no cumplir lo prometido no significa por cierto que no hay ninguna regla que obligue a cumplir las promesas, y que sólo hay una cierta regularidad en el cumplimiento de ellas. Del hecho de que tales reglas tengan excepciones no susceptibles de un enunciado exhaustivo, no se sigue que en todos los supuestos quedamos librados a nuestra discreción y que nunca nos hallamos obligados a cumplir una promesa. Una regla que concluye con la expresión “a menos que...” sigue siendo una regla” (Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Op. Cit., pp. 173-174).

³⁰⁵ Como se verá en el punto 2.2.1 del tercer capítulo, esa es la posición de los llamados “realistas idiosincráticos”, especialmente Jerome Frank y el juez Hutcheson.

citan en sus fallos, no como coartadas para ocultar su total discreción, sino como reglas realmente obligatorias o vinculantes para ellos³⁰⁶. Finalmente, frente a la afirmación realista de que “las reglas son la predicción de las decisiones de los tribunales”³⁰⁷, Hart dirá que los enunciados de Derecho hechos por los propios jueces en sus resoluciones: “(...) tienen que ser la formulación de reglas auténticamente consideradas por los tribunales, desde el punto de vista interno, como criterio o pauta de decisión correcta. (...) los tribunales consideran a las reglas jurídicas no como predicciones, sino como criterios o pautas a seguir, que son lo suficientemente determinados, a pesar de su textura abierta, como para limitar, aunque no para excluir, su discreción”³⁰⁸. En resumen, queda claro que, para Hart, los propios jueces consideran que las reglas juegan un papel central al momento de realizar su función de resolver controversias. Ellos, pues, no las consideran como simples predicciones que pueden, si quieren, no cumplir³⁰⁹.

En mi opinión, estas razones que da Hart son discutibles. Y es que habría que preguntarse si a los efectos de la descripción correcta del Derecho, asumir el punto de vista interno es la mejor opción. No debe olvidarse que, como se dijo en el punto 4.1, “una cosa es lo que los jueces dicen hacer y otra bien diferente lo que realmente hacen”. Debe tenerse en cuenta que si atendemos a lo que los jueces dicen hacer al momento de resolver controversias, en verdad, entonces habría que negar la propia tesis de la discreción judicial ya que no existe juez que admita que, en el ejercicio de sus funciones, crea Derecho. A mi juicio, no hay razones para rechazar una descripción basada tanto en el “punto de vista externo” como en el “punto de vista interno”, a condición de que se haga claramente la distinción. Y es que no hacerlo supondría incurrir en lo que Comanducci denomina como el “defecto de unilateralidad”, es decir, la tendencia habitual en las teorías del Derecho de asumir “tan sólo uno de los posibles puntos de vista para observar el fenómeno jurídico” o, lo que es lo mismo, de no intentar “dar cuenta del fenómeno jurídico en su conjunto (...) desde los distintos puntos de vista posibles”³¹⁰. No obstante, el problema aparece cuando, desde ambos

³⁰⁶ Para Hart, la mayoría de las decisiones judiciales “(...), son obtenidas mediante el esfuerzo genuino para ajustarse a reglas conscientemente aceptadas como pautas o criterios orientadores de decisiones o, si se llega a éstas en forma intuitiva, se hallan justificadas por reglas que el juez estaba de antemano dispuesto a observar, y cuya relevancia para el caso ocurren es generalmente reconocida” (Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Op. Cit., p. 175).

³⁰⁷ Más adelante, en el punto 2.2.1 del tercer capítulo, se estudiará qué es lo que querían decir los autores realistas cuando afirmaban dicha frase.

³⁰⁸ Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Op. Cit., pp. 182-183.

³⁰⁹ Cuenca formula esta objeción, que ella comparte, en los siguientes términos: “la observación de la práctica jurídica revela que en el universo del Derecho sucede, más bien, todo lo contrario: los jueces, y el resto de las autoridades jurídicas, reconocen una obligación de desarrollar su actuación dentro del marco de las normas jurídicas vigentes, esto es, sienten como relevantes las reglas jurídicas en la adopción de sus decisiones” (Cuenca Gómez, Patricia. *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*. Op. Cit., pp. 386-387).

³¹⁰ Comanducci, Paolo. “La interpretación jurídica”. En: *El realismo jurídico genovés*. Op. Cit., p. 62. Es por ello que, en el capítulo III, se intenta dar respuesta al papel que las reglas cumplirían en el proceso de decisión judicial, asumiendo el punto de vista interno (o el de los propios jueces). En ese momento se sostendrá que, en virtud de la “conciencia jurídica formal” de los propios jueces (Ross), los textos normativos pasan a ser razones *primeras* para la decisión judicial o, en palabras de Raz, que todo inicia con lo que él denomina como “razonamiento acerca del Derecho”.

puntos de vista, se llegan a conclusiones diferentes. En estos casos, ¿cuál de los dos debe prevalecer?

Por ejemplo, el Tribunal Constitucional peruano, en su sentencia del 3 de septiembre de 2007, recaída en el expediente 01078-2007-PA/TC, ordenó al Jurado Nacional de Elecciones del Perú (JNE) convocar a referéndum para decidir si procede o no la devolución de las contribuciones hechas por los trabajadores al Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI), a pesar de que el artículo 32° de la Constitución prohíbe someter a referéndum normas de carácter tributario (y las contribuciones, según la doctrina tributaria y el propio Código Tributario peruano, son tributos). Asimismo, en su sentencia del 6 de abril de 2004, recaída en el expediente 2366-2003-AA/TC, dispuso que las resoluciones del JNE en materia electoral son susceptibles de impugnación en sede judicial, a pesar de que los artículos 142° y 181° de la Constitución señalan lo contrario, es decir, que las resoluciones de dicho ente no son impugnables en sede judicial. Exactamente hizo lo mismo en su sentencia del 7 de noviembre de 2002, recaída en el expediente 2409-2002-AA/TC, en el que estableció que las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura del Perú son revisables en sede judicial, aun cuando el artículo 142° de la Constitución establece que no son revisables en sede judicial las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de Jueces. Y los ejemplos se pueden seguir enumerando.

Pues bien, si se hace una descripción de la actividad del TC peruano, usando el punto de vista externo, se tiene que llegar a la conclusión que el texto literal de la Constitución realmente no supone para él ningún límite material o formal. Sin embargo, si nos atenemos al punto de vista interno, se llega a la conclusión opuesta: en todos los casos citados, el TC justificó su fallo alegando que las normas de la Constitución que reconocen “derechos fundamentales” lo obligaban a fallar de esa manera. Es decir, según el TC, falló de la manera en que lo hizo porque estaba sometido a la Constitución y ésta le decía que resuelva de esa manera. En este caso, ¿cómo se valora la disputa?, ¿a cuál se le da más valor? El propio Hart, en su *Postscriptum*, dio cuenta de este problema: “Pero, de hecho, no hay nada que impida a un observador externo, dentro del proyecto de una jurisprudencia descriptiva (...), describir la manera como los participantes ven el Derecho desde una perspectiva interna. Por el contrario, explico en este libro, (...), que los participantes manifiestan su punto de vista interno al aceptar que el Derecho suministra guías para su conducta y parámetros de crítica. Desde luego, un teórico descriptivo del Derecho no comparte él mismo la aceptación de los participantes, pero puede y debe describirla, como en efecto he intentado hacerlo. (...); pero esto no equivale a compartir o suscribir el punto de vista interno del participante ni a renunciar en manera alguna a su posición descriptiva”³¹¹. Si nos ceñimos a esta opinión, tenemos que concluir que la Ciencia del Derecho debe dar cuenta de los dos puntos de vista pero debe privilegiar el punto de

³¹¹ Hart, H. L. A. “*Postscriptum*”. Op. Cit., p. 95.

vista externo. Sin embargo, cuando Hart utiliza el punto de vista interno para rechazar la afirmación realista de que las normas son predicciones del fallo del juez, sí parece “compartir” o “suscribir” la aceptación de los jueces –los “participantes”– de que las normas para ellos no son simples predicciones sino reales “guías de conducta”. En mi opinión, esto es contradictorio.

¿Y qué es lo que sostiene Hart para hacer frente al argumento realista del “último” órgano judicial? Para dicho autor, debe distinguirse entre “definitividad” e “infalibilidad” de las decisiones judiciales. Primero analiza la ambigüedad de la frase “el derecho (la constitución) es lo que los tribunales dicen que es”, para lo cual recurre al ejemplo del tanteador (el que lleva las anotaciones), el score (el número de anotaciones convertidas) y la “regla de tanteo” (el criterio para contabilizar las anotaciones, por ejemplo: un gol = una anotación). De este ejemplo concluye que de la frase “el score es lo que el tanteador dice que es” (similar a la frase: “la constitución es lo que los tribunales dicen que es”) no puede deducirse la frase “no existe ninguna regla que vincule al tanteador” ya que éste siempre estará vinculado por la “regla de tanteo”. Y es que, para Hart, de la mencionada frase sólo puede deducirse que “el score que emite el tanteador es indiscutible”³¹². Así, para este autor, los enunciados del tanteador siempre son aplicaciones de la “regla de tanteo”, al igual que los enunciados que sobre las anotaciones hacen los jugadores, con la única diferencia que la aplicación de la “regla de tanteo” hecha por el tanteador es definitiva (indiscutible). Con esto, Hart quiere demostrar que la “regla de tanteo” existe y que, además, es obligatoria para el tanteador. Por analogía, según Hart, la proposición “el derecho es lo que el juez dice que es” tan sólo es una regla que dice que la aplicación del Derecho por el juez es definitiva, pero no dice que no exista el Derecho (la regla de tanteo) o que el Derecho sea el juez³¹³.

Ahora bien, luego de demostrar que la “regla de tanteo” existe, constata que la misma, al igual que cualquier otra regla, tiene un núcleo de certeza y un área de incertidumbre. Para Hart, es de la primera de la que “(...) el tanteador no es libre de apartarse, y él constituye el criterio de tanteo correcto e incorrecto: (...). Esto es lo que hace que sea verdad decir que las decisiones del tanteador, aunque definitivas, no son infalibles. Lo mismo ocurre en el caso del derecho”³¹⁴. De esto se deduce que, para este autor, el núcleo de certeza se constituye en un claro límite para la discreción judicial, pero para determinar su corrección. ¿Y su validez qué? Cuando este autor lleva estas consideraciones al estudio del Derecho reconoce que la no infalibilidad de

³¹² Cfr. Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Op. Cit., p. 177.

³¹³ Cfr. Ibid., pp. 178-179. Moreso, manteniendo una posición similar, sostendrá lo siguiente: “Hart compara, como yo he hecho al inicio, las reglas del Derecho con las reglas de los juegos y arguye que aunque la afirmación de que un juez está equivocado carece de consecuencias para los derechos y los deberes de los ciudadanos, sirve para distinguir el juego de fútbol del juego de la discreción del árbitro. Del mismo modo, el Derecho no es una práctica de acuerdo con la cual “es Derecho aquello que los jueces dicen que es”, aunque los jueces tengan, en algunos casos, la última palabra” (Moreso, José Juan. “La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables”. Op. Cit., pp. 62-63).

³¹⁴ Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Op. Cit., p. 179.

las resoluciones del órgano judicial que tiene la última palabra, no tiene ningún efecto en lo que se refiere a la validez jurídica de las mismas. Es decir, podrán ser incorrectas pero siguen siendo válidas y, por tanto, existentes. En palabras del propio Hart: “decir que en un momento dado hay una regla que exige que los jueces acepten como derecho las leyes del Parlamento o las del Congreso implica, primero, que existe acatamiento general a esa exigencia y que los jueces, individualmente considerados, rara vez se apartan de ella o la desconocen; en segundo lugar, implica que cuando tal desviación o desconocimiento individual ocurre, o si ocurriera, es o sería tratado por una gran mayoría como algo seriamente criticable e incorrecto, aun cuando la regla que acuerda carácter definitivo a las decisiones hiciera imposible revisar la decisión del caso particular, salvo mediante una ley que admite la validez de una decisión tal, aunque no su corrección”³¹⁵.

En mi opinión, esta objeción no llega a levantar el planteamiento realista. Y es que ¿cómo puede afirmarse que el Derecho es obligatorio para un Juez, jurídicamente hablando, si el no cumplimiento incluso de la zona de certeza no trae consigo la declaratoria de anulación o de “invalidez”? ¿qué tipo de obligación jurídica es esa cuyo incumplimiento no supone absolutamente nada en términos jurídicos?, ¿es un auto-límite?, ¿no será acaso una obligación política o una exigencia moral o de corrección y, por tanto, nos estamos moviendo en el ámbito de la legitimidad? En todo caso, si es un límite, en verdad, es bastante “débil” ya que los jueces al enfrentarse con el mismo siempre juegan a ganador: basta con que digan que su resolución se basa en la Constitución y las Leyes. ¿Qué límite es ese que puede ser sorteado tan fácilmente? Por tanto, a efectos de identificar el derecho existente, la distinción entre “definitividad” e “infalibilidad” es irrelevante. No tiene ningún efecto práctico. Como el mismo Hart reconoce, cualquier interpretación que haga el órgano judicial que dice la última palabra, siempre será Derecho válido.

La teoría escéptica de la interpretación ha sido cuestionada también por otros autores positivistas que no están de acuerdo con el planteamiento realista de que el lenguaje ordinario, a través del cual se expresa el Derecho, admite una gama ilimitada de interpretaciones y, por tanto, que el juez (o el intérprete) es completamente libre al momento de realizar la labor interpretativa. Así, por ejemplo, Rafael de Asís dirá que: “El sometimiento al Derecho implica en todo caso, manejar una concepción del Derecho como sistema de normas mínimamente determinado. En efecto, esta exigencia viene de la mano del respeto al principio de publicidad y de claridad. El principio de publicidad, como exigencia de manifestar las normas, sólo tiene sentido cuando se presume que estas dicen algo. Y algo similar ocurre con la exigencia de claridad. Pensar en la inexistencia de límites a la hora de atribuir significado a un precepto, esto es, en que los enunciados no nos dicen nada, haciendo descansar la validez de la decisión interpretativa única y exclusivamente en la competencia del

³¹⁵ Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Op. Cit., p. 182.

intérprete, supone en definitiva afirmar la irrelevancia de los enunciados y las normas y de su publicidad. Otra cosa es afirmar que un mismo enunciado puede tener varios significados y que el válido es el adoptado por el órgano competente. La misma señalización de la posibilidad de varios significados implica el descarte de otros bien porque se enfrentan a los límites del lenguaje jurídico, bien porque se enfrentan finalmente a los límites del lenguaje natural³¹⁶.

En mi opinión, ésta es una crítica seria pero no imposible de rebatir. En efecto, afirmar que un juez puede asignar, como posibilidad siempre presente, cualquier significado a un enunciado jurídico (incluso, uno contra-literal), a mi juicio, no supone afirmar también la irrelevancia de los enunciados jurídicos o de sus exigencias de claridad y publicidad. Como explica Ezquiaga, disposiciones normativas claramente formuladas y adecuadamente difundidas, son algunas de las condiciones que favorecen la cognoscibilidad de las normas jurídicas (entendidas éstas como el producto de la decisión interpretativa del juez) y, por ende, la previsibilidad de las decisiones judiciales³¹⁷. Dicho en otros términos, reconocer que las resoluciones de los tribunales de justicia, en especial de los de más alta jerarquía (Corte Suprema o Tribunal Constitucional), por muy absurdas que nos parezcan, siempre tienen validez jurídica, no implica negar la relevancia de los enunciados jurídicos o de su claridad y publicidad, sino tan sólo supone colocar a la misma en su correcta dimensión: sirven como criterios para evaluar las probables consecuencias de un determinado acto o conducta pero jamás para llegar a tener la certeza plena de lo que el juez finalmente decidirá. Es decir, un enunciado normativo claramente formulado y adecuadamente difundido (y, por tanto, fácilmente interpretable), es muy probable que sea seguido por el juez correspondiente, no porque esté “obligado” a hacer eso (en términos de validez, no pasa nada si no lo hace), sino porque así él lo decide (sigue siendo, entonces, un acto de la voluntad plegarse al sentido fácilmente interpretable de un texto normativo). No se puede prever totalmente qué es lo que decidirá un juez pero se pueden añadir elementos que ayuden a predecir, como probabilidad, el sentido de un determinado fallo judicial: las exigencias de claridad y publicidad de los enunciados jurídicos apuntan en esa dirección. El realismo jurídico, pues, también subsiste a esta objeción³¹⁸.

Es conveniente reiterar que, tal como se dijo en el punto 4.2.2, de aceptar que el lenguaje ordinario, que es por donde se manifiesta el lenguaje jurídico, no es totalmente indeterminado, no sigue que el juez no posea de hecho un poder ilimitado. Ello es así porque, más allá de la negada posible existencia de una regla que les imponga a los jueces la obligación de respetar al menos los significados que se

³¹⁶ Asís Roig, Rafael de. *El juez y la motivación en el Derecho*. Op. Cit., p. 60.

³¹⁷ Cfr. Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. Op. Cit., pp. 221-222.

³¹⁸ En el punto 2 del tercer capítulo, se sostendrá que para los jueces los textos normativos son razones primeras para la decisión judicial y, como tal, se tratará demostrar que incluso frente a los enunciados normativos fácilmente interpretables, se les pueden presentar tres caminos u opciones de acción: *plegarse sin más al estándar interpretado, re-estandarizarlo o dejarlo de lado y fijar ad-hoc uno nuevo*.

derivan de las reglas lingüísticas (semánticas y sintácticas), dada la posición institucional que éstos ocupan, siempre cabe la posibilidad de que “hagan decir al Derecho aquello que lingüísticamente no podría decir”. En otras palabras, de la determinación lingüística no se sigue la limitación lingüística. Para afirmar ello, me parece, falta un paso más: demostrar que pueden existir, o mejor aún que existen, sentencias que a pesar de ser definitivas son inválidas. Pero, tal como se dijo en el punto 4.1.3, esto no coincide con lo que sucede en la praxis ya que, ahí, lo judicialmente definitivo siempre es tratado por los operadores jurídicos, y por la ciudadanía en general, como si fuera válido. En tal sentido, si un juez interpreta que donde dice “y” realmente dice “o” y, por la posición que ocupa en la jerarquía judicial, éste tiene el poder para imponer esa interpretación claramente descabellada, entonces no cabe más que aceptar que la misma es válida. Incluso, podría darse el caso de que esa interpretación “contra-gramatical” cuente con la anuencia de la población (si es que, por ejemplo, se entiende que con eso se repara una situación injusta) y, como tal, además de ser válida sería socialmente legítima³¹⁹.

Finalmente, una última objeción al escepticismo interpretativo debe ser tomada en cuenta. Para Cuenca, asumir que los enunciados jurídicos son absolutamente indeterminados, haría inviable ver al Derecho, como hacen los realistas, como un “medio solucionador de conflictos”. Y es que, para ella, “un escepticismo semántico coherente tendría que admitir que, si no se puede conocer el significado de la ley, tampoco se puede conocer el significado de las sentencias (...) puesto que éstas constituyen también un conjunto de enunciados que deben, a su vez, ser interpretados”³²⁰. Según esta lógica, no sería posible asumir que el Derecho es un mecanismo de solución de controversias porque, al final, la sentencia también sería pasible de ser interpretada. Y, por supuesto, ello haría que no exista certeza sobre cuál es la solución que resuelve la controversia. Pues bien, es evidente que las sentencias, al estar formuladas según las pautas del lenguaje ordinario, también pueden ser interpretadas (en algunos sistemas, de hecho, son usuales los pedidos de “aclaración” sobre el sentido del fallo emitido). La pregunta en este caso es ¿por quién? Si Cuenca se refiere a las partes del conflicto, eso es claramente irrelevante ya que, al final, ellos harán lo que el juez les diga que hagan y es obvio que, ese juez, no se va a interpretar a sí mismo. Si se está refiriendo a otro juez, en este caso el encargado de ejecutar la sentencia definitiva, pues entonces, al final, será su voluntad la que se imponga y, por consiguiente, será lo que él decida lo que resolverá la controversia. En tal sentido, sea como fuere, siempre habrá un juez que, según su voluntad, resolverá en última instancia el conflicto de intereses correspondiente.

Por todo lo señalado en este punto, considero que el planteamiento realista sobre la interpretación, es el que mejor explica lo que en los hechos es la interpretación judicial.

³¹⁹ Sobre la legitimidad de las resoluciones judicial trata el capítulo II de la presente investigación.

³²⁰ Cuenca Gómez, Patricia. *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*. Op. Cit., p. 384.

A mi juicio, es el único de todos los estudiados que da cuenta del poder real que tienen los jueces para interpretar libremente los textos normativos y, de esta forma, crear Derecho. Ahora bien, en mi opinión, es necesario añadir un matiz. El planteamiento realista estudiado pone el acento en el Derecho vigente y, como tal, se centra en estudiar la actividad de los funcionarios encargados de hacer cumplir las reglas de conducta impuestas a los ciudadanos: los jueces. De ello se sigue, como vimos, que para el realismo americano los jueces son los verdaderos legisladores y, por tanto, los únicos que crean Derecho. Pues bien, en mi opinión, no es difícil aceptar que realmente el Juez tiene la última palabra en torno a lo que es el Derecho válido. Sin embargo, ello no significa que aquellos actos o comportamientos realizados al amparo del texto de una Ley y que nunca han sido impugnados en sede judicial, no sean conformes al Derecho³²¹. Exactamente lo mismo se puede decir de aquella disposición normativa que, en los hechos, viene siendo aplicada por ejemplo por la administración pública pero que nunca ha sido impugnada en sede judicial³²². Lo que pasa es que los jueces tienen el poder de anular esos actos o comportamientos (y, como tal, de declararlos como antijurídicos) e, incluso, de inaplicar o anular una Ley si es que la consideran inconstitucional. Pero hasta que ello no ocurra, no cabe más que aceptar que esos actos son válidos (o, al menos, que tienen presunción de validez) y, por tanto, realizados al amparo del Derecho existente (o, si se quiere, vigente). Exactamente lo mismo se puede decir del texto normativo vigente no impugnado: es Derecho válido (o presuntamente válido)³²³. Es cierto, pues, que los jueces crean Derecho pero no es cierto que sean los únicos que crean Derecho.

Es más, lo señalado en el párrafo precedente, ayuda a poner de manifiesto un elemento de la función judicial que, desde el escepticismo, no ha sido lo suficientemente desarrollado. En efecto, aun cuando es irrefutable que el acto de juzgar constituye un acto puro de la voluntad (los jueces *siempre* actúan *sólo* con discreción fuerte), tampoco se debe olvidar que ese extraordinario “poder”, de hecho,

³²¹ Una de las primera objeciones que se planteó al realismo, a decir de Solar Cayón, es aquella que sostiene que de “aceptar la idea de que la juridicidad o la validez de una determinada prescripción vendrá determinada, no por su sujeción o conformidad respecto de determinadas exigencias normativas preestablecidas sino simplemente por el dato fáctico de su procedencia de determinadas personas, especialmente los jueces”, entonces también se tendrá que “sostener la absurda conclusión de que muchas de las normas que ordinariamente son consideradas normas jurídicas, e incluso observadas socialmente de un modo general en base a tal consideración, no son en realidad tales por la simple razón de que su aplicación jamás ha sido, y probablemente nunca será, objeto de disputa ante un tribunal. Lo que supondría un reduccionismo carente totalmente de sentido” (Solar Cayón, José Ignacio. Op. Cit., p. 1189).

³²² Para Kantorowicz, afirmar que no hay Derecho fuera de las decisiones judiciales, supone sostener que “certain rules which have never come before the courts, nor ever could come, would cease to be law”. Es por ello que dirá, en tono sarcástico, que para los realistas “the rule of the Constitution that the President must be 35 years of age could not be law, and it would, therefore, not be unconstitutional to make Colonel Lindbergh President”. De esta forma, para él, tomarse en serio las afirmaciones realistas supondría sostener que el “establishment of rules by legislation would be practically useless” (Kantorowicz, Hermann. “Some rationalism about realism”. En: Yale Law Journal, Vol. 43, 1934, p. 1251).

³²³ Es por esta razón que, por ejemplo, el artículo 204° de la Constitución peruana señala que no son retroactivas las sentencias del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional una norma, lo cual invariablemente quiere decir que esa norma, mientras estuvo vigente, debe ser considerada como “válida”.

opera siempre a pedido de parte y, por tanto, que los jueces y tribunales carecen del carácter autónomo y autodeterminado de la actividad parlamentaria o ejecutiva. Tal como resalta Andrés Ibáñez, el modo específico de actuación de la intervención judicial “se distingue por su carácter ocasional y fragmentario, y por el hecho de darse siempre en función de estímulos externos, y en ese sentido en dependencia de acciones u omisiones ajenas. Le falta así el carácter en cierto modo autónomo y potencialmente autodeterminado de la actividad política en sentido fuerte, así como toda idea de proyecto o plan. Es por eso una actividad política “intersticial”, en la medida en que se desarrolla en el espacio que dejan abiertos los otros poderes”³²⁴. Como se puede apreciar, este autor pone el énfasis en un rasgo de la función jurisdiccional que también es difícil de negar: los jueces no se pueden “auto-convocar”. Es decir, ellos solamente pueden actuar frente a un estímulo externo e independiente de ellos: la demanda en el ámbito civil o la denuncia en el penal³²⁵. Y si ello es así, entonces no cabe duda que los jueces no pueden abocarse –ni se abocan– a asuntos que no les han sido previamente planteados³²⁶. Es, pues, también un hecho que los jueces no pueden auto-convocarse y, por ende, una descripción adecuada de la labor judicial tendría que dar cuenta también del mismo.

No obstante, en mi opinión, ello no es suficiente para negar la existencia de “Poder Judicial”. Y es que tampoco se puede negar que, cuando los jueces y tribunales están funcionando, sí constituyen un poder en todo el sentido de la palabra (en la medida que, al finalizar el proceso judicial, se impondrá la voluntad del juez, sea cual sea ésta). En todo caso, lo señalado por Andrés Ibáñez sirve para hacer una precisión: que haya “Poder Judicial” no significa que los otros poderes públicos han dejado de existir. Es decir, de haberse comprobado que sí existe “Poder Judicial”, no se puede concluir que éste es el único poder del Estado. Por esta razón, el mismo Troper (un autor marcadamente “realista”), al tratar el problema de la justicia constitucional, sostendrá que el Consejo Constitucional francés, aun cuando interviene en el proceso de formación de la Ley con un enorme poder discrecional, “nunca puede ser considerado

³²⁴ Andrés Ibáñez, Perfecto y Movilla Alvarez, Claudio. Op. Cit., p. 18.

³²⁵ Como señala Calamandrei: “en nuestro ordenamiento jurídico, lo mismo que en los de todos los Estados civiles contemporáneos (...), la regla fundamental es que no se tiene jurisdicción sin acción; esto es, que la justicia no se mueve si no hay quien la solicita” (Calamandrei, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 2ª edición, Vol. I, 1986, pp. 232-233). Para este autor, éste es el rasgo que distingue a la función judicial de las otras funciones del Estado: “Por este carácter que se podría llamar de necesaria indiferencia inicial (...) y en fuerza del cual la jurisdicción aparece siempre como función provocada por un sujeto agente, la misma se distingue de las otras funciones del Estado, la legislación y la administración, que se ejercitan normalmente de oficio. El Estado (...) no juzga, si no hay alguien que le pida que juzgue. De suerte que la acción aparece como condición indispensable para el ejercicio de la jurisdicción” (Ibid., p. 233).

³²⁶ Como resalta Carnelutti, “un proceso (...) no se puede promover de oficio; el juez, a fin de promoverlo, debe ser solicitado por quien en ello tenga interés” (Carnelutti, Francesco. *Cómo se hace un proceso*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Valparaíso: Edeval, 2ª edición en castellano, 1979, p. 39). En otro momento, al referirse a la iniciativa del proceso judicial, señaló lo siguiente: “Ya sabemos que el juez no juzga si no es requerido para ello. Corresponde a la parte dar el primer paso del procedimiento. La acción precede, en el tiempo a la jurisdicción” (Carnelutti, Francesco. *Derecho y proceso*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 192).

como legislador único, pues no puede actuar de oficio y no puede imponer reglas por sí solo, sin que el Parlamento las haya debatido antes. Tan sólo es co-legislador”³²⁷. En tal sentido, está demostrado que los jueces, en el marco de las democracias contemporáneas, son un real Poder Judicial (no son ese “No Poder” presupuesto en la concepción tradicional de la democracia) pero, y este es un importante matiz, tampoco son el “único” Poder existente. Qué duda cabe que *siempre* actúan *sólo* con discreción fuerte, pero tampoco cabe duda que la voluntad del juez *sólo* se impone en el marco de un proceso judicial iniciado *a pedido de parte*. Éste es un dato empírico que desde el realismo interpretativo no puede ser ignorado y que, como se verá en la segunda parte, desarrollará un rol central a la hora abordar el problema de encontrar el criterio más adecuado para justificar –y legitimar– la labor eminentemente discrecional de jueces y tribunales; problema que será tratado a continuación.

³²⁷ Troper, Michel. *Por una teoría jurídica del Estado. Op. Cit.*, p. 318. Como se verá en el punto 2.3.2 del capítulo II, este dato (además de entender a la interpretación como un acto puro de la voluntad) es el que le permite a Troper afirmar que, en el marco de los actuales Estados de derecho, el proceso de formación de la voluntad general (la ley) es un proceso complejo en el que participan órganos representativos (el Parlamento y el Ejecutivo) y órganos no representativos (los jueces).

CAPÍTULO II

EL PROBLEMA DE LA LEGITIMIDAD DE LA ACTUACIÓN DE LOS JUECES

(En el marco del Estado constitucional de Derecho)

1. Legitimidad, obediencia y “poder judicial”.

De lo señalado en el primer capítulo, queda claro que los jueces y tribunales jurídicamente pueden decidir válidamente lo que quieran. Ello es así porque, según se ha sostenido, no existen límites cognitivos de ningún tipo (ni siquiera “mínimos”) que condicionen la validez de la interpretación judicial. Esta siempre resulta ser un acto puro de la voluntad y, por tanto, los jueces y tribunales al cumplir con su función de resolver controversias *siempre* actúan *sólo* con discreción en sentido *fuerte*. Es decir, al no existir pautas o estándares normativos preexistentes al acto de juzgar (los supuestos límites cognitivos), los órganos jurisdiccionales siempre crearán la norma jurídica que, según su criterio, será la que resuelva el conflicto que ha sido sometido a su consideración. Así, pues, no cabe duda que, de hecho, resultan ser un poder jurídicamente ilimitado; esto es, un “Poder Judicial” en todo el sentido del término (imponen siempre su propia voluntad). Está demostrado, entonces, que los jueces y tribunales, de facto, no son ese “no poder” presupuesto en la concepción tradicional de la democracia. Si, como se dijo en el punto 1 del primer capítulo, ésta presupone un modelo de juez “boca muda”, es decir, un juez que resuelve conflictos o controversias pero aplicando la “Ley” democráticamente emitida (un juez, pues, siempre sometido al imperio del Derecho democráticamente producido); lo que en los hechos se presenta, por el contrario, es lo que Guarnieri y Pederzoli han llamado el juez “político”, es decir, un juez que al poseer alta discreción judicial y alta autonomía política, presenta también una alta capacidad de intervención en los asuntos públicos y, por tanto, de oponerse –e imponerle su voluntad– al poder político mayoritario de turno¹.

Consecuentemente, todo parece indicar que es incompatible la existencia de “Poder Judicial” (o de *un* Poder Judicial si se quiere) con una concepción de la democracia entendida como un sistema de gobierno en el cual las normas generales *solamente* pueden ser creadas por el pueblo o por sus representantes elegidos². Y si ello es así,

¹ Cfr. Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia. Op. Cit., p. 70. Estos mismos autores, al modelo de juez “boca muda”, lo denominan juez “ejecutor”, es decir, un modelo que, al combinar baja discreción judicial y con baja autonomía política, se presenta como “*ejecutor* fiel y pasivo de la voluntad del legislador” (la cursiva es de los autores) (Ibid., p. 67).

² Es por eso que Hierro dirá que, en el marco de la concepción sistemática de la función judicial, “el activismo judicial –sea que se revista académicamente como “creación judicial del Derecho”, “uso alternativo del Derecho”, “análisis económico del Derecho”, o “vinculación directa a la Constitución”– es antidemocrático” (Hierro, Liborio. *Estado de Derecho: problemas actuales...*, p. 56). Lo mismo dirá Díez-Picazo: “Evidentemente no se quiere afirmar, (...), que la creación judicial del Derecho sea incompatible con la democracia; pero resulta, en todo caso, claro que no es compatible con un Estado democrático en el que el nombramiento de los Jueces y la provisión de los distintos órganos judiciales es totalmente independiente de los poderes públicos representativos” (Díez-Picazo, Luis María. *Régimen constitucional del Poder judicial*. Madrid: Cívitas, 1991, p. 127). Lo que los dos autores quieren resaltar es que la “democracia”, según su sentido tradicional, es incompatible con la “creación judicial de Derecho”,

entonces aparece la siguiente pregunta: ¿cómo justificar, en términos democráticos, un sistema donde las personas, cuando judicializan sus conflictos, realmente están sometidas a normas jurídicas que no son simples deducciones de las leyes democráticamente producidas, sino el resultado de las interpretaciones discrecionales hechas por los jueces y tribunales? Es decir, ¿puede seguir llamándose democrático un sistema donde la última palabra sobre los asuntos más relevantes de la vida en sociedad, no la tiene la sociedad misma –ni sus representantes directos– sino unos individuos que tienen carácter “no representativo”? Dicho en otros términos, la cuestión ahora está en saber si, en el marco de una democracia, los jueces y tribunales cuentan o no con legitimidad, en términos político-democráticos, para hacer lo que realmente hacen –o pueden hacer– cuando han entrado en funcionamiento por medio de la demanda respectiva (o denuncia en el ámbito penal). Sin duda, la respuesta dependerá de la posición que sobre la democracia se maneje y, sobre todo, de los criterios que, en función de ello, se defiendan para tratar de justificar la presencia, en el seno de la democracia, de un cuerpo que cuando está operando actúa con un enorme poder discrecional que –a diferencia del Legislativo, por ejemplo– no proviene directamente del pueblo ni, mucho menos, es responsable frente al mismo (en la medida que, por lo general, no son elegidos a través de las reglas del sufragio universal)³.

Pues bien, en esta parte de la presente investigación, se sostendrá que para mantener la tesis de la compatibilidad entre jueces y democracia, es necesario modificar la definición de esta última y, como tal, aceptar que todo sistema que se denomina a sí mismo como *democrático* pero que a la vez instituye a los jueces y tribunales como “Poder Judicial”, forzosamente presupone una concepción *sui generis* de la democracia⁴. Y, por supuesto, después de haber hecho eso, se tratará de encontrar los argumentos más adecuados (si es que los hay) para tratar de justificar –y, por ende, legitimar– la labor eminentemente discrecional de jueces y tribunales. En tal sentido, en las páginas que siguen se estudiará: (i) cuál es el sentido de democracia compatible con la presencia de un órgano judicial que, dado el poder que tiene de decir la última palabra –y sin más límites que los que le dicta su propia conciencia–, puede hacer y decir lo que quiera (cuando está funcionando); y, sobre todo, (ii) qué razones hay –o se han dado– para tratar de justificar y legitimar la actuación del mismo (si es que ello es posible, claro está). Dicho en otros términos, siguiendo la ruta trazada hacia la configuración de un modelo “real” de juez democrático, ya no se trata de saber si los jueces son o no un poder real (lo son), ni si tienen o no un poder ilimitado (lo tienen), el problema ahora está en saber cuándo o de qué forma está

simplemente porque supone que unos órganos que no son representativos están creando Derecho y, de esta forma, gobernando.

³ Como resalta Shapiro, si la independencia judicial posibilita en gran medida la creación judicial de Derecho y, en democracia, “lawmakers should be accountable to the electorate”, entonces aparece el siguiente problema: “how could judicial independence and accountability for lawmaking be accommodated to one another?” (Shapiro, Martin. “The mighty problem continues”. Op. Cit., p. 380).

⁴ Cfr. Troper, Michel. “El poder judicial y la democracia”. Op. Cit., p. 220.

justificado que los jueces ejerzan ese extraordinario poder, en el seno de una sociedad que se reconoce a sí misma como “democrática”.

De esta forma, después de haberse demostrado que la presencia de jueces y tribunales como “Poder Judicial”, es incompatible con el sentido más básico y tradicional de la democracia (el simple gobierno de la mayoría directamente o por medio de representantes elegidos), en esta parte: (i) se ubicará este problema en el marco de las concepciones más desarrolladas de la idea de “Estado de Derecho” y, por supuesto, se observará cuál es el sentido de “democracia” implícito en dicho modelo de organización estatal que, aun cuando le otorga amplios poderes discrecionales a los jueces y tribunales (como se verá en su momento), es mayoritariamente considerado como el paradigma “verdaderamente” democrático; y, en los puntos siguientes, (ii) dependiendo de la conclusión a la que se haya llegado en el acápite precedente, se estudiarán las razones dadas para tratar de legitimar el ejercicio discrecional, por parte de jueces y tribunales, de su función jurisdiccional. Al finalizar, se espera demostrar que, en el modelo de Estado constitucional de Derecho, fallan los criterios de legitimidad democrática “tradicionales” de la labor judicial y, como tal, que para responder “why are so many people in so many countries willing to allow major policy decisions to be made by a handful of (...) judges?”⁵, sólo se puede apostar por ciertas exigencias procesales básicas y, sobre todo, por elementos “carismáticos” que generan confianza en la persona del juez.

1.1 Legitimidad como hecho y legitimidad como valor.

Ahora bien, dado que en esta parte se va a tratar el problema de la legitimidad de la actuación discrecional (fuerte) de los jueces y tribunales, antes que nada, es necesario abordar brevemente un problema conceptual. Efectivamente, antes de determinar cuáles son los criterios de legitimidad que le asisten a los jueces y tribunales dentro del modelo de Estado constitucional de Derecho (y, por supuesto, cuál es el sentido de democracia implícito en el mismo), es necesario como paso previo definir qué se entiende —o qué se va a entender— por “legitimidad”. Es necesario hacerlo porque, en mi opinión, tener claro el sentido que adquiere este concepto en el ámbito de las relaciones de poder ayuda, primero, a delimitar claramente el problema que se va a tratar a continuación, segundo, a destacar la relevancia de un estudio sobre la legitimidad en el ámbito de las relaciones juez-ciudadanía y, sobre todo, a resaltar la cautela con la que se debe acometer la importante tarea destinada a fijar un criterio (o varios) que nos permita diferenciar claramente una actuación judicial legítima de una ilegítima. ¿Qué se entiende, entonces, por “legitimidad”?

A nivel doctrinal, es posible identificar dos acepciones del concepto legitimidad: una descriptiva y una prescriptiva. La primera, la descriptiva, es la manejada por Max

⁵ Shapiro, Martin. “The mighty problem continues”. Op. Cit., p. 383.

Weber que, como se sabe, utilizó el término “legitimidad” para describir y explicar la razón más poderosa por la cual se produce una “relación de dominación”: el auto-sometimiento y/o la voluntad de obediencia de una persona a los mandatos emitidos por una determinada autoridad⁶. En efecto, Weber parte del concepto “orden legítimo”. Para él, un “orden”, es decir, un conjunto de relaciones sociales donde las acciones de los individuos se encuentran guiadas por determinadas “máximas” o “reglas”⁷ (típicamente el Derecho), es legítimo si es que “(...) este guiarse realmente por esas máximas se produzca al menos también (es decir, en un nivel importante) porque esas máximas se consideran obligatorias (geltend) para la acción, es decir, vinculantes o ejemplares”⁸. Como él mismo dice en otro momento, un orden deviene en legítimo cuando los sometidos a ese orden sienten, a nivel interno, que dichas máximas o reglas tienen frente a ellos “carácter normativo”⁹.

Weber utiliza un ejemplo para explicar este fenómeno que, por su claridad, conviene reproducir: “(...) cuando un funcionario se presenta diariamente en su despacho a una hora fija, esto no sólo está generado por un hábito arraigado (costumbre), aunque también, ni sólo por un interés propio que él pudiera recrear o no a su arbitrio, aunque también; sino que, por regla general, está condicionado por la “legitimidad” del ordenamiento (el reglamento de trabajo) como un mandato, cuyo incumplimiento rechaza el funcionario no sólo porque le traería perjuicios sino que lo denigra por su “sentido del deber” desde la racionalidad que considera la acción en sí misma como un valor (aunque este sentido del deber pueda ser efectivo en muy diferente medida)”¹⁰. Como se puede apreciar, la legitimidad de un orden, según Weber, produce el “auto-sometimiento” a ese orden en forma de “sentido del deber”. Se cumple el o los mandatos provenientes de ese orden no por temor a la posible coacción o por tener un interés de por medio (aunque también podría serlo), sino porque, en el fuero interno, se tiene la convicción de que se tiene “el deber” de cumplir con los mismos. Dicho de otro modo, porque se entiende que dichos mandatos provienen de un orden al cual se le atribuye la condición de “legítimo”, entonces se asume que se tiene el deber de seguirlos u obedecerlos.

⁶ Bobbio explica la definición puramente descriptiva de “legitimidad” que maneja Weber de la siguiente manera: “Weber no se planteó el problema de enlistar las diversas maneras con las cuales toda clase política ha buscado en todo tiempo justificar su poder, sino de ubicar y describir las formas históricas de poder legítimo, una vez definido el poder legítimo (...), diferente de la mera fuerza (...), como el poder que logra determinar el comportamiento de los miembros de un grupo social emitiendo mandatos que son obedecidos habitualmente en cuanto su contenido es tomado como máxima de la conducta” (Bobbio, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad*. Traducción de José F. Fernández Santillán. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 126). Del concepto descriptivo de legitimidad de Weber también da cuenta Elías Díaz: “(...) su propósito [el de Weber] es más bien describir lo que la gente, el grupo social, considera y ha considerado como legítimo y, a la vez, señalar cuál es el elemento más característico presente en esas fácticas tomas de posición (la creencia en la legitimidad)” (Díaz, Elías. *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Madrid: Debate, 1984, p. 46).

⁷ “Llamamos “orden” al contenido de una relación social sólo cuando la acción se guía (por término medio o aproximadamente) por determinadas “máximas” (Weber, Max. *Conceptos sociológicos fundamentales*. Edición y traducción de Joaquín Abellán. Madrid: Alianza editorial, 2006, p. 115).

⁸ Ibid., p. 115.

⁹ Cfr. Ibid., p. 115.

¹⁰ Ibid., pp. 114-115.

En la lógica de Weber, más allá de la posible coacción, los destinatarios de los mandatos sienten, en su interior, que son normas obligatorias, “vinculantes o ejemplares”¹¹. En tal sentido, en la teoría de Weber, la legitimidad aparece como un concepto relacional aplicable a los vínculos de dominación y, como tal, sirve para explicar o describir *por qué*, en determinadas ocasiones, el “sumiso” tiene la voluntad de obedecer los mandatos del que manda (lo hace porque este último, ante sus ojos, es legítimo). La legitimidad, entonces, viene a ser el vínculo que liga al sumiso con la respectiva autoridad generando, en el primero, adhesión interna y obediencia y, en el segundo, a contrario sensu, motivos para exigir adhesión y obediencia¹². Queda claro, entonces, que el concepto de “legitimidad” implica o presupone al de “obediencia”¹³. De esta forma, siguiendo a Weber, es posible afirmar que la legitimidad es la razón por la cual los destinatarios de los mandatos, en su fuero interno (el punto de vista interno del que hablaba H. L. A. Hart¹⁴), sienten que tienen la obligación de obedecer a la autoridad correspondiente. Por supuesto, este sentido descriptivo –o explicativo– del concepto legitimidad no es compartido por el profesor argentino Ernesto Garzón Valdés que, a diferencia de Weber, defiende una concepción prescriptiva –o justificativa– sobre la “legitimidad”.

Efectivamente, Garzón Valdés defiende una concepción valorativa de la “legitimidad” y, como tal, sólo acepta como legítimos aquellos comportamientos –o sistemas jurídicos– que son acordes con determinados principios éticos de justicia. Así, pues, desde esta perspectiva, sólo será legítimo aquel pronunciamiento judicial que respete aquellos valores morales que, en su planteamiento, vienen a ser absolutos y universales. La clave del razonamiento de Garzón Valdés está en la distinción, por él propuesta, entre “legitimación” y “legitimidad”: “para evitar (...) confusiones semánticas conviene distinguir claramente entre legitimación [...y...] legitimidad (...). El concepto de legitimación es descriptivo y designa la aceptación del sistema por parte de sus miembros políticamente relevantes, quienes ven en sus normas y reglas pautas adecuadas de comportamiento. Adoptan frente al sistema aquello que Hart ha llamado “punto de vista interno”. (...). La legitimidad, en cambio, es un concepto normativo que hace referencia a valores éticos, externos al sistema mismo. El respeto de estos valores permite decir que un determinado sistema (...) posee legitimidad. El concepto de legitimidad presupone el abandono del relativismo ético y la aceptación de

¹¹ Para Weber, acá está la base de lo que llama una “relación auténtica de autoridad” que, para él, aparece cuando el sumiso cree, en su fuero interno, en la legitimidad de la autoridad correspondiente (Cfr. Weber, Max. *Economía y sociedad*. Op. Cit., p. 170).

¹² En palabras de Bobbio, “el problema de la legitimidad está íntimamente vinculado al de la obligación política con base en el principio de que la obediencia se debe solamente al mandato del poder legítimo” (Bobbio, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad*. Op. Cit., p. 123).

¹³ “Obediencia significa que la acción del que obedece transcurre como si el contenido del mandato se hubiera convertido, por sí mismo, en máxima de su conducta; y eso únicamente en méritos de la relación formal de obediencia, sin tener en cuenta la propia opinión sobre el valor o desvalor del mandato como tal” (Weber, Max. *Economía y sociedad*. Op. Cit., p. 172).

¹⁴ Sobre la distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo, véase: Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Op. Cit., pp. 102-113.

“verdades morales” que no están sujetas a la contingencia del reconocimiento efectivo por parte de una sociedad”¹⁵.

Como se puede apreciar, para este autor, la legitimación viene a ser un dato fáctico y, por tanto, representa un juicio de hecho o descriptivo sobre el sistema: es simplemente la adhesión mayoritaria o total al sistema, nada más. Es explicar que, en el plano interno, los destinatarios de los mandatos emitidos por o desde el sistema se sienten vinculados por el mismo. Es dar cuenta que, según la terminología empleada por Hart, desde el punto de vista interno, éstos sienten que “tienen la obligación de...” y no que “se ven obligados a...” cumplir con los mandatos emitidos por o desde el sistema¹⁶. Como dijo en otro momento: “El concepto “legitimación” designa la aceptación de la regla básica de un sistema político (a la que, [...], llamaré “regla de reconocimiento”) por parte de quienes directa o indirectamente ejercen el poder institucionalizado. En la clásica formulación de Max Weber, esta aceptación resulta de la existencia de una “creencia en la legitimidad”, es decir, de la creencia de que las reglas del sistema son las más adecuadas para la respectiva sociedad. (...)”¹⁷. Sin duda, este autor llama legitimación a lo que Weber llama legitimidad: la adhesión interna u obediencia voluntaria a un determinado orden o autoridad. Para él, es la legitimación –y no la legitimidad– la que explica *por qué* los mandatos de una autoridad son generalmente obedecidos.

En cambio, para Garzón Valdés, hablar de “legitimidad” implica hacer un juicio de valor acerca de la cualidad moral o ética del sistema: éste será legítimo –y se le deberá obediencia– si cumple o respeta las “verdades morales universales” cognoscibles en el campo de la ética, las mismas que son totalmente independientes de las valoraciones mayoritarias o, incluso, totales de la población. Ésta es una idea que ha reiterado en otra ocasión: “el consentimiento fáctico es, sin duda, la expresión más confiable de los valores vigentes en una determinada sociedad. De él se infiere el contenido de la moral positiva de aquélla, es decir, (...): el punto de vista interno de los miembros de una sociedad con respecto a las normas que deben regirla. Pero este punto de vista interno es insuficiente para juzgar acerca de la legitimidad, si es que ella ha de ser entendida como coincidencia de los principios y reglas vigentes en una sociedad política con los principios y reglas no ya de una moral positiva sino de una moral esclarecida o ética”¹⁸. Así, pues, para este autor solamente “(...) se puede predicar la legitimidad de un sistema político cuando las normas de comportamiento en él

¹⁵ Garzón Valdés, Ernesto. “Acerca del concepto de legitimidad”. En: Anuario de Derechos Humanos. Madrid: UCM, N° 5, 1988/89, p. 362.

¹⁶ Hart utiliza esta terminología para diferenciar, desde el punto de vista interno, el sentido en que son obligatorios los mandatos provenientes desde el Derecho (“tener la obligación de...”), del sentido en que los son las órdenes provenientes de un asaltante (“verse obligado a...”) (Cfr. Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Op. Cit., pp. 110-113).

¹⁷ Garzón Valdés, Ernesto. “El terrorismo de estado. El problema de su legitimación e ilegitimidad”. En: *Filosofía, Política, Derecho. Escritos seleccionados*. Javier de Lucas (editor). Valencia: Universitat de Valencia, 2001, p. 132.

¹⁸ Garzón Valdés, Ernesto. *Derecho, Ética y Política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 459.

vigentes coinciden con las de una moral esclarecida o ética. (...). El juicio de legitimidad es un juicio sobre la calidad de las normas; (...)"¹⁹.

La legitimidad, por tanto, en la obra de Garzón Valdés, es un atributo que poseen únicamente determinados ordenamientos o sistemas de Derecho: aquellos que están estructurados sobre la base del respeto y garantía de esa moral "esclarecida o ética" (siempre, claro está, que pueda demostrarse su existencia, asunto que este autor sí considera posible²⁰), aun cuando incluso aquella podría no gozar de la adhesión mayoritaria de la población. Por tanto, para este autor, el concepto "legitimidad" no es explicativo sino valorativo: no describe *por qué se obedece* a alguien (como hace Weber) sino prescribe *por qué se debería obedecer* (o desobedecer) a esa persona²¹. Pues bien, expuestas de esta forma las dos concepciones sobre la legitimidad enfrentadas, ¿cuál es la que se va a adoptar en este trabajo de investigación?

1.2 Criterios de legitimidad y obediencia a los jueces.

No cabe duda que el profesor Garzón Valdés plantea la distinción entre "legitimación" y "legitimidad" para salvar las connotaciones positivas que, en el debate moral y político, tiene el término "legitimidad"²². Y es que incluso los regímenes más perversos, como el nazismo alemán o el fascismo italiano, por el solo hecho de haber gozado de la adhesión mayoritaria de importantes sectores ciudadanos, políticos, militares e, incluso, intelectuales, habrían gozado de "legitimidad" en la definición moralmente neutral de Weber. Precisamente, para evitar esto es que Garzón Valdés propone separar el juicio de hecho del juicio de valor y, como tal, distinguir el hecho de la adhesión interna a un sistema concreto ("legitimación") del juicio moral acerca de la corrección o no de dicho sistema ("legitimidad"). Sólo así se evitaría, en esta lógica, derivar el deber moral de obediencia del dato fáctico llamado adhesión mayoritaria²³. Sin duda, el que se adhiere siente que "tiene el deber" de obedecer (ello sería producto de la legitimación), pero moralmente hablando –en la lógica de Garzón

¹⁹ Garzón Valdés, Ernesto. *Derecho, Ética y Política*. Op. Cit., p. 464.

²⁰ En sus propias palabras: "(...) admitir la distinción entre legitimación y legitimidad presupone admitir también la existencia de valores objetivos y universales, más allá de su reconocimiento circunstancial en determinadas sociedades" (Garzón Valdés, Ernesto. "El terrorismo de estado. El problema de su legitimación e ilegitimidad". Op. Cit., p. 134).

²¹ Elías Díaz también diferencia entre "legitimidad" y "legitimación" aunque, creo, en un sentido distinto al que maneja Garzón Valdés: "Se ha hablado hasta aquí (...) de legitimidad contraponiéndola o, mejor, diferenciándola de legalidad, entendida ésta como sinónimo sin más de Derecho, de ordenamiento jurídico. Legitimidad puede tomarse como término equivalente al de justificación (del Derecho y del Estado); legitimación, por su parte, alude al hecho social de la aceptación o no de una legitimidad" (Díaz, Elías. Op. Cit., p. 26). Es decir, para Elías Díaz, la legitimidad sería el criterio que invoca un determinado poder para justificarse y exigir obediencia (no la identifica con una determinada moral como lo hace Garzón Valdés); en cambio, la legitimación sería el dato fáctico de la aceptación social de ese criterio, es decir, la constatación de que de hecho se profesa voluntariamente obediencia a ese poder en virtud, precisamente, de la creencia en su legitimidad.

²² Cfr. Garzón Valdés, Ernesto. "El terrorismo de estado. El problema de su legitimación e ilegitimidad". Op. Cit., pp. 133-134.

²³ Como el propio Garzón Valdés señala: "Es obvio que los juicios de corrección ética son de naturaleza normativa y que, por lo tanto, no pueden ser inferidos sin más de juicios que describan la realidad" (Garzón Valdés, Ernesto. *Derecho, Ética y Política*. Op. Cit., p. 464).

Valdés— sólo se le debería obediencia a aquel poder que, al adecuar su actuación a los principios éticos universales y absolutos, es legítimo.

Y es que, en este planteamiento, que uno subjetivamente sienta que “tiene el deber de obedecer” (legitimación), no significa que objetivamente tiene “el deber moral de obedecer” (legitimidad). Es decir, que uno perciba el cumplimiento de un mandato como una máxima particular de comportamiento, no significa que cumplir ese mandato sea moralmente una máxima general de comportamiento exigible frente a todos. Por mi parte, creo que más allá de cualquier debate sobre la pureza terminológica, a lo que apunta Garzón Valdés es a identificar y defender “criterios de legitimidad” que sean moralmente aceptables. Y, por supuesto, ello no es incompatible con manejar una concepción descriptiva de la idea de legitimidad que, lógicamente, pueda también dar cuenta de la presencia de criterios de legitimidad más justificables que otros. Por tanto, de ahora en adelante cada vez que hable de “legitimidad” lo haré en el siguiente sentido: como un concepto relacional que sirve para *explicar* la voluntad de obediencia de los dominados a unas determinadas autoridades (los jueces y tribunales, por ejemplo). Así, pues, la “legitimidad”, en el marco de las relaciones de poder, será la razón que explica *por qué* alguien, en su fuero interno, siente que tiene el deber de obedecer los mandatos de otro (lo hace porque, ante sus ojos, el que manda es un poder “legítimo”).

¿Y si se quiere saber *por qué* es legítimo?, entonces habrá que indagar por el “criterio de legitimidad” que sostiene la actuación de la autoridad y, desde luego, preguntarse si es —o no— el más adecuado. Como dice Bobbio, “el juicio sobre los límites de la obediencia y la validez de la resistencia depende del criterio de legitimidad que se asuma. Un poder que con base en un criterio es afirmado como legítimo, con base en otro puede ser considerado ilegítimo”²⁴. En tal sentido, si se dice que una sentencia “X” es legítima, en el fondo, lo que se está queriendo decir es que se le debe obediencia... y viceversa: cuando se niega dicha calificación, lo que se está queriendo decir es que no se le debe obediencia y, por ende, que hay razones justificadas para “rebelarse”. Una sentencia ilegítima, en esta línea, vendría a ser una sentencia “des-obedecible”. La clave, por tanto, está en determinar cuál es el fundamento de la legitimidad de un órgano judicial o, lo que es lo mismo, qué es lo que hace que una actuación de un juez o de un tribunal pueda ser calificada como “obedecible”. Es indispensable, entonces, adoptar un criterio de legitimidad que sea lo suficientemente riguroso como para permitir diferenciar claramente una actuación judicial legítima de una ilegítima. A ello apunta esta parte del presente trabajo de investigación.

Antes de comenzar, se impone una última precisión. Como se ha visto, el problema de la legitimidad de un orden o mandato, al final, es el problema de la obediencia que se le debe a ese orden o mandato. Ello es así porque la categoría “legitimidad” trae

²⁴ Bobbio, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad*. Op. Cit., pp. 123-124.

aparejada consigo la idea de “obediencia” o, siendo más precisos, de “deber de obediencia”. La cuestión está en que cuando trasladamos este problema al ámbito jurídico, tal como explica Elías Díaz, se vuelve imperativo distinguir entre el deber *jurídico* y el deber *ético* de obedecer a las normas jurídicas existentes o válidas. Efectivamente, corresponde hacer eso porque el deber de obediencia implícito en el concepto de legitimidad es el segundo (el ético) más no el primero (el jurídico). Y es que, como resalta Elías Díaz, mientras que la obligación jurídica tiene un carácter “hipotético” en tanto que la obediencia –si se da– se genera tan sólo por el temor a la sanción legal (multa, pena privativa de libertad, trabajo comunitario o forzado, etc.), la obligación ética, en cambio, posee un carácter “necesario” en la medida que para el que la asume, en su fuero interno, se genera la convicción de que tiene “el deber” de cumplir con la norma jurídica en cuestión (es, para él, una máxima de comportamiento)²⁵. Y, como se ha explicado en los párrafos precedentes, ese es el sentido de obediencia perseguido por la idea de legitimidad: como decía Weber, se cumple no por temor a la sanción (aunque también) sino porque cumplir con ese deber, en el fuero interno, constituye una máxima de necesario cumplimiento (es por ello que tiene carácter “necesario”).

Por esta razón, como explica Elías Díaz, “cuando se pregunta si se debe obedecer al Derecho, si hay obligación de obedecerlo y por qué, a lo que se está radicalmente aludiendo es a un “deber ser” ético, es decir a una obligación de ese carácter, pero que recae (...) sobre conductas impuestas por las normas jurídicas. Lo que en el fondo se pregunta (...) es si estoy o no obligado éticamente a cumplir tal o cual norma jurídica (la “obligación” jurídica, no se pone con ello en duda desde el momento que la norma existe)”²⁶. Es decir, el problema de la obediencia al Derecho –y, por ende, a las sentencias– es un problema de índole eminentemente ético y, por tanto, no pone en cuestión si existe o no la obligación jurídica de obedecer al mismo –o a las resoluciones judiciales–. En tal sentido, cuando se pregunta por la legitimidad de la actuación de los jueces y tribunales, en realidad, se está preguntado si existen razones para negarse a cumplir con la mencionada obligación jurídica de cumplir con los mandatos judiciales definitivos (o válidos). Por eso no basta con constatar, como se hizo en el primer capítulo, que todo lo que los jueces digan o hagan siempre será jurídicamente válido, sino que además es tanto o más importante preguntarse cuándo una sentencia es legítima y cuándo no. Por supuesto, para hacer esto, primero, hay que indagar por el marco de actuación en el que hoy se inserta la figura del juez (el

²⁵ Cfr. Díaz, Elías. Op. Cit., pp. 77-78. Por supuesto, que se pueda distinguir entre el deber jurídico y el deber ético de obedecer al Derecho, no significa que para Elías Díaz no existan conexiones entre ellos: “El deber ser jurídico puede, creo, comunicarse (sin confusión) con el deber ser ético, expresión originaria y última, a la vez, de la conciencia individual. Pueden, pues, darse razones éticas (fundadas) para el cumplimiento del Derecho (...); pero por supuesto que pueden darse igualmente razones éticas (...) para su no cumplimiento, es decir para la desobediencia al Derecho” (Ibid., p. 79). Y es que, para este autor, “la ética puede suministrar justificación tanto para la obediencia a unas normas jurídicas como para la desobediencia a otras (depende de su concordancia o discrepancia con respecto de la ética), es decir, puede suministrar fundamento tanto para la obligación de obedecer como para la no obligación de obedecer e, incluso, para la obligación de desobedecer” (Ibid., p. 83).

²⁶ Díaz, Elías. Op. Cit., p. 81.

modelo de Estado de Derecho) y observar cuál es el papel que, en ese marco, a éste se le asigna. Eso es lo que, como se ha anunciado, se hará a continuación.

2. Estado de Derecho, Estado constitucional y Estado constitucional de Derecho: tres modelos un mismo problema.

En el primer capítulo de la presente investigación, a partir de la asunción y defensa de una concepción escéptica de la interpretación judicial, se llegó a la conclusión de que es incompatible la existencia de “Poder Judicial” (o de “un” Poder Judicial si se quiere) con una concepción de la democracia entendida como un sistema de gobierno en el cual los conflictos que han sido judicializados deben ser resueltos según las normas generales que han sido creadas o bien directamente por el pueblo (por ejemplo, a través de un referéndum) o bien por medio de sus representantes elegidos por sufragio universal (el Parlamento o eventualmente el Ejecutivo). También se dijo, dado que el poder discrecional de los jueces es imposible de eliminar –o siquiera de limitar– por medio de textos normativos que siempre serán interpretables (no hay, pues, límites cognitivos), que la clave para resolver este problema está en modificar la forma de entender la democracia. Pues bien, como se dijo en la introducción de este capítulo, en este punto se van a estudiar tres modelos diferentes de Estado de Derecho (mayoritariamente considerado, en esas variantes, como el realmente “democrático”²⁷) y, sobre todo, cómo se inserta en ellos la figura del juez. La idea es, pues, observar si alguno de esos modelos es compatible con la presencia *de facto* de “Poder Judicial” (y, si no lo es, cuál es el modelo “irreal” de juez que los mismos presuponen). Para ello, primero, se va a definir qué se entiende –o qué se va a entender– por “Estado de Derecho” (el modelo a ser estudiado) y, luego, qué supone haber incorporado a dicha fórmula el adjetivo “Constitucional”. Al finalizar el punto, se quieren dejar claras las serias contradicciones que, desde una perspectiva descriptiva, se pueden presentar entre los objetivos que dichos modelos se plantean (una prescripción), las tareas que a los jueces los mismos le asignan (otra prescripción) y las consecuencias que de su normal funcionamiento se pueden acarrear (la presencia *de facto* de “Poder Judicial”)... y, sin duda, ello se reflejará en el sentido de democracia presupuesto en esos modelos y, sobre todo, en los criterios que éstos exigirán cumplir a los jueces y tribunales para considerar legítimo el ejercicio de su función jurisdiccional (estas contradicciones son, como se verá en el punto 5, las que exigen someter a revisión la mayoría de los criterios de legitimidad de la labor judicial comúnmente aceptados).

²⁷ Elías Díaz, por ejemplo, define “al Estado de Derecho (...) como la institucionalización jurídica de la democracia” (Díaz, Elías. “Estado de derecho y democracia”. En: Anuario de la facultad de Derecho, N° 19-20, 2001-2002, p. 205). En el mismo sentido, se expresa Ansuátegui para quien “el Estado de Derecho podría ser considerado como la expresión jurídica de la democracia. No hay democracia allí donde no se pueden identificar los rasgos básicos del Estado de Derecho, de la misma manera que no tiene sentido hablar de Estado de Derecho en referencia a un régimen político no democrático” (Ansuátegui Roig, Francisco J. Op. Cit., p. 74).

2.1 El modelo “exigente” de Estado de Derecho.

A los efectos de esta investigación, voy a asumir la noción de Estado de Derecho propuesta por Elías Díaz. Adopto esta posición porque entiendo que dicha concepción constituye un modelo “prescriptivo”²⁸ que, en mi opinión, trata de compatibilizar la idea de democracia identificada con la regla de la mayoría, con la presencia en el ordenamiento de una serie de valores, procedimentales y sustanciales, que pretenden limitar, precisamente, el gobierno de las mayorías; valores cuyo cumplimiento efectivo el modelo encarga controlar al Poder Judicial (o al Tribunal Constitucional si se quiere). Es decir, a primera vista, resulta claro que el modelo es “terreno fértil” para el desarrollo del conflicto democracia vs. Poder Judicial (en sentido funcional, obviamente). Por lo demás, no se debe olvidar que el modelo defendido por Elías Díaz es el que, en términos generales, ha sido adoptado por las llamadas “democracias constitucionales” y, como tal, también puede funcionar como un buen modelo descriptivo (es decir, como una herramienta para explicar la estructura, el funcionamiento y las contradicciones de aquéllas).

De acuerdo con Elías Díaz, en frase ya célebre, “no todo Estado es Estado de Derecho”. Según este autor, “la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de Estado de Derecho”. Para él, “el Estado de Derecho es el Estado sometido al Derecho, es decir, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley. El Estado de Derecho consiste así fundamentalmente en el “imperio de la ley”: Derecho y ley entendidos en este contexto como expresión de la “voluntad general”. El Estado de Derecho, como Estado con poder regulado y limitado por la ley, se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto y totalitario”²⁹. Pero no sólo eso, son cuatro, para Elías Díaz, las exigencias más básicas e indispensables que debe tener todo “auténtico” Estado de Derecho: (i) el imperio de la ley como expresión de la voluntad general o, lo que es lo mismo, de la ley democráticamente producida, (ii) la división de poderes del Estado en legislativo, ejecutivo y judicial, (iii) la legalidad y el control de la actuación de la administración pública, y (iv) la incorporación al ordenamiento y la garantía real de cumplimiento de

²⁸ Es “prescriptivo” en la medida que realiza un juicio de valor al momento de estudiar la idea de “Estado de Derecho”. Como dice Peces-Barba: “cuando se utiliza el concepto de Estado de Derecho se usa en dos sentidos diferentes, uno genérico, que supone un juicio de hecho y otro específico que supone un juicio de valor. En el primer sentido todo Estado es el hecho fundante básico de un tipo de Derecho. O planteado de otra forma, todo Estado es Estado de Derecho, porque siempre organiza la vida social por medio del Derecho. En ese primer sentido un Estado totalitario es un Estado de Derecho (...). En el segundo sentido se prescribe un determinado tipo de Estado, (...). Supone la prescripción de unos determinados contenidos de justicia y sólo se predica de ese tipo específico de Estado” (Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 95).

²⁹ Díaz, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 8ª edición, 1981, p. 17. Esta idea es repetida por Elías Díaz muchos años después: “(...) no todo Estado merece ser reconocido con este, sin duda, prestigioso rótulo cualificativo y legitimador que es –además de descriptivo– el Estado de Derecho: un Estado con Derecho (todos o casi todos) no es, sin más, un Estado de Derecho (sólo algunos). Este implica –en términos no exhaustivos– sometimiento del Estado al Derecho, a su propio Derecho, regulación y control de los poderes y actuaciones todas del Estado por medio de leyes, que han sido creadas –lo cual es decisivo– según determinados procedimientos de abierta y libre participación popular, (...)” (Díaz, Elías. “Estado de derecho y democracia”. Op. Cit., p. 203).

los derechos fundamentales, ya sean sólo civiles y políticos (Estado “Liberal” de Derecho), ya sean también económicos, sociales y culturales (Estado “Social” de Derecho)³⁰.

Como se puede apreciar, tal como señala Hierro, se está frente a una fórmula de “Estado de Derecho” que incorpora aspectos tanto formales como sustanciales³¹. “Formales” porque en él se resalta el imperio de la Ley, la participación ciudadana en la elaboración de ésta (el elemento democrático) y la división de poderes como criterios de organización y funcionamiento del poder estatal; y “sustanciales” porque ubica la realización plena de los derechos fundamentales como objetivo supremo –y justificante o legitimador– de la actuación de los poderes públicos. Es por ello que esta concepción ha sido clasificada por Asís dentro de los modelos “exigentes” de Estado de Derecho, los mismos que se caracterizan por identificar al mismo con “aquél Estado que actúa, mediante una separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, fruto de la participación de los ciudadanos y que protegen derechos individuales y sociales, y que lo limitan, tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente”³².

Vista así la propuesta de Elías Díaz resulta claro que el elemento central de la misma reside en el “imperio de la Ley”. Es, como dice el propio autor, la “nota primaria y fundamental del Estado de Derecho”³³. Y es que, a través de él, se manifiesta el elemento democrático del modelo. Efectivamente, en la idea de Estado de Derecho defendida por este autor, “(...) por ley debe entenderse la formalmente creada por el órgano popular representativo (Parlamento o Asamblea Nacional) como expresión de la voluntad general. En el Estado de Derecho la ley es la concretización racional de la voluntad general, manifestada, (...), a través de un órgano de representación popular libremente elegido”³⁴. O, como dijo en otro momento, “el imperio de la ley de un verdadero Estado de Derecho exige que esa ley –ahí radica su legitimidad para “imperar”– haya sido creada por un Parlamento libremente elegido por los ciudadanos a través de los partidos políticos y el sufragio universal”³⁵. Dicho en otros términos, se está frente a un modelo que subraya el especial valor que tendría –o debería tener– el Poder legislativo en la elaboración de la Ley. Sólo así ésta estaría legitimada para “imperar”. Para Elías Díaz, entonces, la nota central de su modelo de Estado de Derecho es el imperio de la ley pero, y esto es clave, “imperio no de cualquier ley sino

³⁰ Cfr. Díaz, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Op. Cit., p. 31.

³¹ Cfr. Hierro, Liborio. *Estado de Derecho: problemas actuales*. Op. Cit., p. 11.

³² Asís Roig, Rafael de. *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*. Madrid: Dykinson, 1999, p. 83. Como explica este autor, son modelos “exigentes” porque, a diferencia de los demás modelos, añaden a la fórmula “Estado de Derecho” criterios de legitimidad (la participación ciudadana en la elaboración de la Ley) y de justicia (el respeto a los derechos fundamentales) (Cfr. Ibid., pp. 31-32).

³³ Díaz, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Op. Cit., p. 31.

³⁴ Ibid., p. 32.

³⁵ Díaz, Elías. *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*. Madrid: Civitas, 1978, p. 133.

de aquellas que son producto de la libre participación popular³⁶. En este modelo, sólo a la ley creada de esta forma, pues, se le debería obediencia³⁷.

¿Esto quiere decir que, en este modelo, el Parlamento, en tanto órgano popular representativo y creador de la Ley, tendría una centralidad o supremacía sobre los demás poderes del Estado, es decir, el Ejecutivo y el Judicial, quienes, al parecer, al estar plenamente sometidos al “imperio de la Ley”, estarían sometidos también al “imperio del Parlamento”? En mi opinión, en lo que se refiere al Ejecutivo, no cabe la menor duda. Uno de los caracteres constitutivos de la idea de Estado de Derecho defendida por el modelo es, precisamente, la legalidad y el control de la actuación de la administración pública (el Ejecutivo) o, lo que es lo mismo, su total sometimiento al imperio de la Ley y, por supuesto, al órgano del Estado que lo personifica³⁸. Como ha dicho en otro momento: “la institución que representa la soberanía popular es quien suministra legalidad y legitimidad a las institución que ejerce la acción gubernamental”³⁹. No cabe duda, entonces, que en el modelo exigente de Estado de Derecho, el Legislativo prevalece o tiene supremacía sobre el Ejecutivo. Sin embargo, en el caso del Poder Judicial ello no queda lo suficientemente claro. Y es que si bien es cierto que, en el momento de desarrollar la idea de la división de poderes, dirá que “la trama del sistema de “pesos y contrapesos” que equilibran el régimen de división de poderes puede resumirse del modo siguiente: primacía del poder legislativo, creador del Derecho, frente a los poderes ejecutivo y judicial, aplicadores del mismo; es decir, imperio de la ley”⁴⁰; también lo es: (i) que maneja una concepción de la Ley y de la función legislativa conectada con la idea de Constitución, (ii) que para él una democracia verdadera, la del Estado de Derecho, supone, además del gobierno de las mayoritarias, el respeto a la libertad individual y a las minorías, y (iii), sobre todo, que coloca en el órgano judicial la función de controlar tanto la constitucionalidad de la actuación del Legislativo como la legalidad de la actuación del Ejecutivo.

Efectivamente, en lo que se refiere a lo primero, Elías Díaz claramente dirá que “la ley ordinaria se conecta y subordina a la ley fundamental (Constitución)”⁴¹, con lo cual invariablemente está queriendo decir que el Parlamento, aun cuando es el órgano que representa a la voluntad popular, en el Estado de Derecho, también está sometido a la

³⁶ Díaz, Elías. “Estado de derecho y democracia”. Op. Cit., p. 206.

³⁷ Por esta razón, Hierro señala que Elías Díaz maneja una concepción de “imperio de la Ley” en sentido “fuerte” que, a diferencia de la noción “débil”, “introduce en la noción misma de imperio de la Ley el elemento democrático” (Hierro, Liborio. *Estado de Derecho: problemas actuales*. Op. Cit., p. 20). Ansuátegui también da cuenta de la distinción entre concepción débil y fuerte de imperio de la Ley: “(...) cabe señalar dos acepciones o modos de entender la idea de imperio de la ley: una amplia o débil y otra restringida o fuerte. La primera alude a la superioridad jerárquica de la ley en el sistema de fuentes y a la obligación jurídica de obediencia que se deriva de esa posición y que afecta a los destinatarios del Ordenamiento jurídico. La segunda afirma también la primacía de la ley, pero lo hace subrayando su origen democrático: la ley es la norma dictada por el Parlamento respetando las exigencias de la democracia” (Ansuátegui Roig, Francisco J. Op. Cit., p. 96).

³⁸ Cfr. Díaz, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Op. Cit., p. 36.

³⁹ Díaz, Elías. “Estado de derecho y democracia”. Op. Cit., p. 206.

⁴⁰ Díaz, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Op. Cit., p. 34.

⁴¹ Ibid., p. 32.

voluntad popular expresada en la Constitución (la “ley” fundamental). Y es que, para este autor, la idea de división de poderes implica “lógico predominio en última y más radical instancia del poder legislativo, primero constitucional y luego parlamentario, concretado en las correspondientes normas jurídicas”⁴². Vale decir, aun cuando suene contradictorio, en el modelo exigente de Estado de Derecho, la “voluntad popular” está limitada por la “voluntad popular”. Pero no sólo eso, el gobierno de esa voluntad popular a través del mecanismo de las mayorías, no puede suponer –y esto tiene que ver con lo segundo– la violación de la libertad individual y de los derechos de las minorías. Así, pues, aun cuando para Elías Díaz la configuración del régimen de “derechos fundamentales” tendrá que ser fruto de una decisión mayoritaria (lo cual, aparentemente, resaltaría lo “fuerte” que es la centralidad de la Ley como expresión democrática de la voluntad popular), esa decisión deberá hacerse sobre la base del respeto de la libertad individual y de las minorías: “Si la ley de las mayorías respeta – como por definición de ella misma es absolutamente exigible– la libre crítica proveniente de las otras dos instancias (la individual, último refugio de la libertad, y la de los grupos minoritarios) no hay, parece, excesivo riesgo en seguir aquella voluntad mayoritaria (...) como criterio democrático de ordenación jurídico-política (no digo como criterio último de verdad, que cada hombre puede individual y libremente reivindicar) y, por lo tanto, como cauce de determinación de los derechos humanos que, en una circunstancia histórica concreta, legitiman en consecuencia a un régimen o sistema político”⁴³.

Es decir, serán las mayorías las que tendrán que decidir cuáles son los derechos fundamentales existentes en un contexto histórico determinado pero, en todo caso, si la ley quiere seguir siendo expresión democrática de la voluntad popular, tendrán que hacerlo sin violentar a la libertad individual y a las minorías. Ello queda claro cuando dice: “(...) la democracia sólo lo es verdadera y coherentemente cuando respeta de modo adecuado el criterio individual y de las minorías que –junto con las mayorías– forman también parte del todo social”⁴⁴. O cuando sostiene: “No hay democracia sin participación de todos los ciudadanos en la producción de la decisión política, lo cual, (...), implica necesariamente un imprescindible y básico respeto a dichos individuos y minorías. Lo decisivo es, pues, el respeto a la libertad crítica –con todo lo que supone de respeto a la persona, a su dignidad, a su libertad de pensamiento, etc.– y el reconocimiento del derecho a una efectiva participación política de todos los ciudadanos”⁴⁵. Ello es así porque, para él, “la decisión por las mayorías, (...), no supone ni tiene por qué suponer negación de las minorías (cuantitativas o cualitativas), ni negación de la libertad del individuo concreto: al contrario, el criterio de las mayorías exige completamente ambas explícitas afirmaciones. Las mayorías no pueden, en efecto, eliminar esas dos instancias si quieren afirmarse como tales, si quieren ser

⁴² Díaz, Elías. “Estado de derecho y democracia”. Op. Cit., p. 206

⁴³ Díaz, Elías. *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*. Op. Cit., p. 132.

⁴⁴ Ibid., p. 131.

⁴⁵ Ibid., p. 132.

coherentes con su propia metodología, con la que invocan precisamente como justificación de sí mismas. Y ello porque las mayorías sólo saben que los son (sólo saben que son mayoría) cuando se ha dejado expresar libremente y con abierta participación a los individuos todos y a las minorías en cuanto tales”⁴⁶. De esto resulta, en consecuencia, que los derechos individuales y de las minorías, en el modelo prescriptivo de Elías Díaz, se constituyen como límite infranqueable al poder de decisión de las mayorías.

Y, por supuesto, para que la voluntad popular como límite a la voluntad popular, y el respeto de la libertad individual y de las minorías como límite a las mayorías, no sea simple retórica –y esto tiene que ver con lo tercero– este autor asignará al Poder Judicial la tarea de controlar, de un lado, la conexión y subordinación de la ley ordinaria a la ley fundamental (y, por tanto, del Parlamento a la Constitución)⁴⁷ y, de otro, la legalidad de la actuación del Poder Ejecutivo:

“¿Habría base en este sistema para un absolutismo del legislativo, una falta de control, y de limitación, sobre la creación del Derecho realizada por el Parlamento? La respuesta debe ser, evidentemente, negativa: el poder legislativo está limitado por la Constitución y por los Tribunales, ordinarios o especiales según los sistemas, que velan por la garantía de la constitucionalidad de las leyes. (...). El principio de legalidad de la Administración, la sumisión de ésta a la ley, se manifiesta, sobre todo, a través de un sistema de control y responsabilidad de la Administración, sistema que asegure el comportamiento de ésta conforme a Derecho y que sirva de garantía para la seguridad jurídica de los particulares. Se trata, pues, del establecimiento de un control jurisdiccional contra las posibles infracciones legales llevadas a cabo por los órganos de aquélla”⁴⁸.

En ese sentido, resulta que la fórmula exigente de Estado de Derecho, quizás sin quererlo, le otorga un enorme poder a los jueces y tribunales que, como se desprende de los textos citados, serán los órganos encargados precisamente de velar que el Parlamento y el Ejecutivo, en el ejercicio de sus funciones, no transgredan la Ley fundamental (la Constitución), la ley ordinaria y, mucho menos, los derechos fundamentales que aseguran el respeto de las minorías y de la libertad individual. Es por ello que De Asís, en lo que se refiere a la relación juez-parlamento, dirá que el modelo de Elías Díaz “parece dar prioridad al segundo si bien, la forma de tratar el problema de las minorías suaviza esta consideración (...). En efecto, al especificar la existencia de límites a las mayorías basados en el respeto a la minoría, no queda más remedio que encargar a un órgano su garantía. Y este órgano es el poder judicial o si se prefiere el Tribunal Constitucional que, por tanto, corrige en ese sentido al

⁴⁶ Díaz, Elías. *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Op. Cit., pp. 59-60.

⁴⁷ Cfr. Díaz, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Op. Cit., p. 32.

⁴⁸ Ibid., pp. 34-36.

parlamento y se sitúa por encima de él”⁴⁹. No siempre, pues, en el modelo, prevalece el Parlamento sobre los órganos de justicia. Y si ello es así, no cabe duda de que, aun cuando aparentemente lo niega (al asignar a los jueces una función meramente aplicadora del Derecho vigente), el Estado de Derecho en su versión exigente abre la puerta al problema del poder discrecional fuerte de los jueces: éstos, como se dijo en la primera parte, tendrán que interpretar el texto de la Constitución, de la Ley y, sobre todo, de los derechos fundamentales, a los efectos de poder desarrollar su función de control sobre los otros dos poderes del Estado. En tal sentido, en el modelo exigente de Estado de Derecho aparece, también, el conflicto entre democracia y “Poder Judicial”. Cómo se resuelve ahí el mismo (si es que se resuelve claro está) o, lo que es lo mismo, cómo se justifica –y legitima– este poder otorgado a los jueces, es un asunto que por el momento queda pendiente.

2.2 El Estado “sólo” constitucional y el Estado constitucional de Derecho.

Ahora bien, dado el rol que juega la Constitución para Elías Díaz, ¿no se está ya frente a un modelo de “Estado constitucional de Derecho”? En sentido estricto, no. Ya que, de acuerdo con Asís, la fórmula “Estado constitucional de Derecho” está identificada con lo que él llama modelo “garantista” del Estado de Derecho, según el cual por éste solamente debe entenderse al “Estado que actúa mediante una separación funcional de poderes, a través de normas (mandatos), principalmente generales, que protegen derechos individuales y sociales, y que lo limitan, tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente”⁵⁰. Es decir, a diferencia del modelo “exigente” estudiado, en el modelo “garantista” no se prescribe la necesidad de que las normas jurídicas que limitan al poder, es decir los derechos fundamentales, sean “fruto de la participación popular” (como exige Elías Díaz). Dicho en otros términos, no se plantea como elemento necesario e indispensable para la identificación del Estado de Derecho, la inclusión del “elemento democrático” del modelo exigente, aunque tampoco se niega. La clave para entender esta posición –y, lógicamente, sus consecuencias en el ámbito de la relación jueces-democracia–, está en profundizar en la lógica del “Estado constitucional” y observar en qué sentido es compatible con la idea de Estado de Derecho.

Seguindo a Barranco, se puede afirmar que “la fórmula política en la que la Constitución en su totalidad se sitúa por encima de la Ley como fuente del Derecho, ha dado en llamarse Estado constitucional”⁵¹. Es decir, es un modelo de Estado en el que el Derecho que controla y/o regula el poder y la actividad del Estado, incluyendo la del Legislativo, está encabezado por una norma jurídica llamada “Constitución” que, a estos efectos, se constituye en la fuente del Derecho jerárquicamente superior de todo el ordenamiento. Vale decir, el “Estado constitucional” es un modelo que prescribe que

⁴⁹ Cfr. Asís, Rafael de. *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*. Op. Cit., pp. 87-88.

⁵⁰ Ibid., p. 89.

⁵¹ Barranco Avilés, María del Carmen. “El papel del juez en el Estado constitucional”. Op. Cit., p. 114.

el poder del Estado debe estar sometido al Derecho y donde éste se caracteriza por tener a la Constitución como norma jurídica suprema. Es, en suma, el Estado donde todos los poderes públicos (incluyendo, obviamente, al Parlamento) se encuentran sometidos a las normas previstas en la Constitución. Como dice Ansuátegui, es el Estado donde el principio de legalidad se transforma en el principio de constitucionalidad y, por tanto, donde la idea de control, de límite, de sujeción al Derecho debe entenderse, no sólo frente a la ley del legislador ordinario, sino sobre todo a las normas jurídicas que expresa el texto de la Constitución⁵².

Planteada de esta forma la idea de “Estado constitucional”, ¿resulta ser compatible o incompatible con la idea “Estado de Derecho”? Para algunos autores, estas dos fórmulas son incompatibles porque, supuestamente, las construcciones llamadas Estado constitucional representan un intento de superación del positivismo jurídico y, por tanto, de la noción Estado de Derecho que se entiende asociada a este tipo de pensamiento⁵³. Por ejemplo, el jurista italiano Gustavo Zagrebelsky, que plantea el carácter incompatible de estos dos modelos, sostendrá que el Estado constitucional es el resultado de haber previsto a los derechos humanos como contenido material o sustantivo de la Constitución, derechos cuya existencia y validez dentro del ordenamiento no dependerá de un acto de voluntad de las mayorías (como diría un iuspositivista) sino de su especial condición moral de justos (una afirmación iusnaturalista). Como dice este mismo autor, los derechos humanos serían “pretensiones subjetivas absolutas válidas por sí mismas con independencia de la ley”⁵⁴. La validez de estos derechos, pues, no sería presupuesta (la norma hipotética de Kelsen), no se derivaría del hecho social de su reconocimiento como reglas jurídicas válidas (la regla de reconocimiento de Hart), ni sería resultado de un acto del Poder (el hecho fundante básico de Peces-Barba). En la lógica de Zagrebelsky, son válidos por sí mismos, es decir, por ser intrínsecamente justos. No habría, pues, relación entre el Estado constitucional y el modelo exigente de Estado de Derecho (Estado sujeto a la voluntad democrática, expresada a través del Parlamento, según la regla de la mayoría).

Pero no sólo eso, de acuerdo con este autor, los derechos son normas que, al no tener un contenido preciso (tendrían el carácter de “principios”) y al estar en la Constitución (en la cúspide normativa), constituirían en conjunto un “orden objetivo” que estaría “por encima tanto de las voluntades individuales particularmente consideradas cuanto del acuerdo de las mismas que se expresa a través del principio de la mayoría, un orden que debe ser perseguido como tal”⁵⁵. Vale decir, los derechos, al no tener fundamento

⁵² Cfr. Ansuátegui Roig, Francisco J. Op. Cit., pp. 92-93.

⁵³ Cfr. Asís, Rafael de. *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*. Op. Cit., p. 89. En el mismo sentido: Barranco Avilés, María del Carmen. “El papel del juez en el Estado constitucional”. Op. Cit., p. 114.

⁵⁴ Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995, p. 47.

⁵⁵ Ibid., p. 94.

o justificación democrática (existen y son válidos por su especial condición y no porque la mayoría así lo quiere), no estarían sujetos tampoco, en su configuración específica, a las vicisitudes mayoritarias y, por tanto, el Parlamento ya no tendría un rol preponderante a la hora de determinar su contenido. Evidentemente, esto supone que, en ese modelo, esta tarea se traslada al órgano encargado de velar por el respeto de los derechos humanos, es decir, al Poder Judicial o, dependiendo del sistema que se esté tratando, al Tribunal Constitucional⁵⁶. Y si ello es así, nuevamente aparece el problema de la discrecionalidad de los jueces. En palabras de Asís: “para Zagrebelsky, la estructura principal de las normas de derechos fundamentales provoca, en principio, la ausencia de contenidos claros y unívocos. La interpretación de dichas normas, o si se prefiere, de dichos principios, dista mucho de ser clara. En este sentido, si se es fiel a la consideración de estos derechos como referentes básicos de la validez de las normas, sean éstas las que sean, todo el poder sobre los significados posibles de las normas va a recaer, en último término, en aquellos cuya misión consiste precisamente en determinar cuándo se ha cumplido o transgredido un derecho”⁵⁷. Así, pues, como reconoce el propio Zagrebelsky, en el “Estado constitucional” los jueces se habrían transformado en los verdaderos “señores del Derecho”⁵⁸; aunque, y esto también conviene dejarlo anotado, al cumplir con sus funciones no tendrían un poder ilimitado. Éstos se encontrarían sujetos al marco objetivo que, precisamente, deben precisar y controlar y, por tanto, tendrían que ejercer sus funciones “dentro de criterios de razonabilidad, adoptando decisiones compatibles con ese orden abierto pero objetivo. Este orden, se caracteriza por la idea de ponderación, de contrapesos, de ductibilidad”⁵⁹.

Ahora bien, al margen de si es limitado o no su poder, lo cierto es que Zagrebelsky defiende este traslado de poder al Poder Judicial. Cuál es la razón que invoca para justificar y legitimar ello, es un asunto que queda pendiente. Vayamos ahora a la versión de “Estado constitucional” compatible con la idea de “Estado de Derecho”. De acuerdo con Asís, el modelo “garantista” de Luigi Ferrajoli es el que mejor representa esta confluencia entre Estado constitucional y Estado de Derecho⁶⁰. Y es que, para el profesor italiano, el Estado constitucional no es más que el moderno Estado de Derecho significado por la presencia de una Constitución entendida como una norma jurídica que le impone límites a todos los poderes públicos (y privados)⁶¹; norma cuyos

⁵⁶ Cfr. Asís, Rafael de. *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*. Op. Cit., pp. 92-93. Como señala Barranco, “esa forma de organización que llamamos Estado constitucional (...) implica que la validez de las normas y actos jurídicos depende de su adecuación a las normas de derechos fundamentales, cuyo sentido último, en caso de controversia, es determinado por órgano de características jurisdiccionales” (Barranco Avilés, María del Carmen. “Constitución, derechos humanos y filosofía del Derecho: una teoría de la justicia para el constitucionalismo contemporáneo”. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2012, XXVIII, p. 14).

⁵⁷ Cfr. Asís, Rafael de. *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*. Op. Cit., p. 93.

⁵⁸ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo. Op. Cit., p. 150.

⁵⁹ Cfr. Asís, Rafael de. *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*. Op. Cit., p. 93.

⁶⁰ Cfr. *Ibid.*, pp. 96-97.

⁶¹ Como dice Ferrajoli: “En el modelo tradicional, paleopositivista y jacobino, el Estado de derecho consistía esencialmente en la primacía de la ley y la democracia, en la omnipotencia de la mayoría,

contenidos, lejos de ser “naturales”, son tan “artificiales” o “puestos” como cualquier otra norma dentro del Derecho. No es incompatible, por tanto, el paradigma “constitucionalista” (que está detrás de la idea de Estado constitucional) con el “positivismo” que, al proclamar la separación conceptual entre Derecho y Moral, identifica al Derecho existente con el Derecho positivo. Así, pues, la presencia de la Constitución sólo implica la vinculación del Derecho al propio Derecho, nada más⁶².

Para entender la posición de Ferrajoli, como explica Asís, es necesario entender primero la distinción, por él planteada, entre vigencia y validez del Derecho: “(...), la existencia de normas inválidas puede ser fácilmente explicada con sólo distinguir dos dimensiones de la regularidad o legitimidad de las normas: la que se puede llamar vigencia o “existencia”, que hace referencia a la forma de los actos normativos y que depende de la conformidad o correspondencia con las normas formales sobre su formación; y la “validez” propiamente dicha o, si se trata de leyes, la “constitucionalidad”, que, por el contrario, tiene que ver con su significado o contenido y depende de la coherencia con las normas sustanciales sobre su producción”⁶³. Es decir, el término “vigencia” hace referencia a la validez formal de las normas, al “quién” (órgano competente) y al “cómo” (procedimiento establecido) de su producción, mientras que el término “validez” propiamente dicho sirve para designar a la validez material de las mismas, al “qué” o “qué no” (contenidos sustanciales) puede ser producido⁶⁴.

Así, pues, Ferrajoli dirá que el criterio de la vigencia está vinculado con el modelo primigenio de Estado de Derecho (o, como lo llama en otro momento, “modelo paleopositivista de Estado Liberal de derecho”⁶⁵), mientras que la incorporación de reglas de validez (criterios sustanciales), adicionales a las de vigencia (criterios formales), importa la adopción del modelo de Estado constitucional de Derecho. Es decir, este modelo implica añadir límites materiales, además de los formales, a la labor de los poderes públicos, en especial al Parlamento. Se mantendría, pues, el “imperio de la Ley” pero se trasladaría el centro de gravedad del mismo del Parlamento (el

encarnada a su vez en la omnipotencia del Parlamento. (...). Este sistema cambia radicalmente con las constituciones rígidas de la segunda posguerra (...) que completan el paradigma del Estado de derecho al someter también al legislador a la ley —a la ley constitucional, más precisamente— transformando así el viejo Estado de derecho en Estado constitucional de derecho” (Ferrajoli, Luigi. “Jurisdicción y democracia”. En: *Democracia y garantismo*. Miguel Carbonell (editor). Madrid: Trotta, 2008, p. 209). Esta es una posición compartida por Ansuátegui para quien “(...) lo que ocurre en el Estado constitucional es una evolución, transformación, de elementos y estructuras internas del propio Estado de Derecho, como consecuencia, entre otros factores, del progresivo protagonismo de la Constitución” (Ansuátegui Roig, Francisco J. Op. Cit., p. 73).

⁶² En palabras de Ferrajoli: “(...) el constitucionalismo puede bien ser configurado como un complemento del positivismo jurídico. Él designa, en efecto, una concepción y un modelo de Derecho en el que no sólo la existencia de las normas, en tanto vinculada a su forma de producción, sino también los criterios sustanciales de reconocimiento de su validez, son puestos, artificialmente, por el propio Derecho positivo” (Ferrajoli, Luigi. “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”. En: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, abril 2002, N° 16, p. 7).

⁶³ Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Op. Cit., pp. 21-22.

⁶⁴ Cfr. Ansuátegui Roig, Francisco J. Op. Cit., pp. 66-67.

⁶⁵ Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta, 2006, p. 26.

Estado de Derecho) a la Constitución (el Estado constitucional de Derecho). Como él mismo señala: “(...), la segunda revolución, producida en la última posguerra con las constituciones rígidas significa completar el Estado de Derecho, es decir, la sujeción a la ley de todos los poderes, incluido el legislativo, que resulta también subordinado al derecho, más precisamente a la constitución, ya no sólo en lo concerniente a las formas y los procedimientos de formación de las leyes sino también en el plano de los contenidos. Por consiguiente, en el Estado constitucional de Derecho el legislador no es omnipotente, en el sentido de que las leyes emanadas por él no son válidas por el solo hecho de su entrada en vigor, o sea, por haber sido producidas de la forma establecida en las normas sobre producción, sino cuando, además, resulten también coherentes con los principios constitucionales”⁶⁶.

¿Y qué sucede con el principio de división de poderes, con la legalidad de la actuación de la administración y con el respeto de los derechos fundamentales? Estos criterios también están presentes en la obra de Ferrajoli y, qué duda cabe, forman parte de su modelo “garantista”, aunque –y esto es esencial– con especiales características, en especial en lo que se refiere a la relación Jurisdicción (jueces) y Política (Parlamento) en el marco de la idea de división de poderes implícita en la lógica del Estado constitucional de Derecho; asunto que en gran medida estará influenciado por la presencia de los derechos fundamentales –tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales– como los criterios sustanciales que dan “validez” a la actuación de los poderes públicos en general y al Parlamento en particular. Y es que, como señala Asís, “para Ferrajoli, los jueces son los encargados de velar por los contenidos sustanciales. A este respecto, sus principales misiones serían la de rechazar las leyes no concordantes con esos contenidos o dejarlas de aplicar, y la de interpretar los preceptos según esos contenidos. Ahora bien, según esto, Ferrajoli parece olvidarse del carácter abierto de los contenidos sustanciales. Es decir, si se defiende que lo que caracteriza al modelo es, entre otras cosas, la identificación del Derecho por contenidos sustanciales y no sólo formales, y se afirma que un determinado órgano es el encargado de velar por esos contenidos, o bien se está volviendo al criterio formal ante la indeterminación de los contenidos, o bien se está afirmando que existen unos contenidos determinados que son precisamente los que guían al juez. Y Ferrajoli, a pesar de la relevancia que da a los contenidos sustanciales (...), parece en este punto volver al aspecto formal. Como toda decisión sobre validez implica una valoración una opción opinable sobre el significado de los contenidos sustanciales, al final lo relevante es quien toma esa decisión, que en el modelo de Ferrajoli son los jueces”⁶⁷.

Indudablemente, en el modelo “garantista” también está presente, pues, el problema del carácter discrecional de los jueces y tribunales de justicia. Cómo Ferrajoli resuelve este problema y, mejor aún, cómo hace para cancelar el riesgo de la institución del

⁶⁶ Ferrajoli, Luigi. “Jurisdicción y democracia”. Op. Cit., p. 210.

⁶⁷ Asís, Rafael de. *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*. Op. Cit., p. 100.

gobierno de los jueces que habilitaría su modelo (y si realmente lo logra), es un asunto que también queda pendiente. Lo que importa, por ahora, es resaltar que para Ferrajoli el Estado constitucional implica la evolución del Estado de Derecho en Estado constitucional de Derecho. Antes de pasar al siguiente punto, es necesario exponer una breve conclusión: tanto el modelo exigente o garantista de Estado de Derecho, como el modelo de Estado constitucional “a secas”, son terreno fértil para el conflicto Poder Judicial vs. Democracia. Tal como han sido expuestos aquí, queda claro que en virtud de las exigencias que establecen a la organización estatal y a la necesidad de encargar a un órgano jurisdiccional el control de dichas exigencias, en cualquiera de esos modelos, se pueden presentar serias contradicciones entre los objetivos que se plantean (el imperio de la ley, la realización de los derechos humanos como valores objetivos o la limitación a través del Derecho de todo poder público) y las consecuencias que se podrían suceder de su real funcionamiento (el imperio de la voluntad del juez, la realización de los valores subjetivos del juez o el carácter jurídicamente ilimitado del poder judicial); contradicciones que tendrán efectos en el sentido de democracia presupuesto en los mismos y, por supuesto, –y esa es la hipótesis que se quiere demostrar– en los criterios de legitimidad que dichos modelos exigen cumplir a los jueces y tribunales. En el siguiente punto, se dará cuenta del sentido de democracia implícito en la lógica del Estado constitucional de Derecho.

2.3 El concepto de democracia existente en la lógica del Estado constitucional de Derecho.

Los modelos vistos de Estado de Derecho tienen en común el prescribir ciertos objetivos de “obligatorio” cumplimiento a la organización estatal y, sobre todo, el asignar a los jueces y tribunales el control del cumplimiento, en última instancia, de los mencionados objetivos. Es decir, son modelos que le otorgan un papel crucial (la posibilidad de decir la “última palabra”) a unos órganos “no representativos” (en tanto que no son elegidos por sufragio universal) que, como se vio en la primera parte, se caracterizan por tener un enorme poder discrecional (cuando están operando). En ese sentido, por más que se diga que en esos modelos todos los poderes se encuentran sujetos a lo dispuesto en la Constitución y en la Ley (la idea vista del imperio de la Ley o de la Constitución si se quiere), lo cierto es que, en los hechos, siempre estará presente la posibilidad de que al final los poderes públicos –y privados– terminen estando sometidos al Derecho pero según el sentido que, vía la interpretación (que es un acto puro de la voluntad), le hubieran asignado los jueces y tribunales en especial aquellos cuyas resoluciones ya no son susceptibles de impugnación alguna (recuérdese que tienen el poder de confirmar, anular o modificar libremente el sentido de un texto normativo). Dicho en otros términos, son modelos que a la vez que se reconocen como “democráticos”, permiten que en el marco de un proceso judicial la voluntad que se imponga no sea la democráticamente producida sino la del juez o tribunal correspondiente. Son modelos, pues, que instituyen a los jueces y tribunales

como “Poder Judicial”. Un ejemplo concreto de plasmación del modelo de Estado constitucional de Derecho puede ser útil para explicar mejor esta idea.

La Constitución española a la vez que proclama que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho” (artículo 1°.1), señala, de un lado, que “es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales” (artículo 118°) y, de otro, que las sentencias del Tribunal Constitucional “tienen valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso impugnativo alguno contra ellas” (artículo 164°). Vale decir, España, al igual que la mayoría de democracias occidentales, es una “democracia” donde las sentencias firmes de los jueces y tribunales ordinarios, de un lado, y las sentencias del Tribunal Constitucional, del otro, son irrevocables y, por ende, sea el sentido que sea de las mismas, siempre serán válidas. Y ello a pesar de que la propia Constitución, de un lado, señala que los derechos y libertades “vinculan a todos los poderes públicos” (artículo 53°.1) y, de otro, estipula que los integrantes del Poder Judicial están “sometidos únicamente al imperio de la ley” (artículo 117°.1). Consecuentemente, España es un “Estado de Derecho” que se autoproclama como “democrático” y que, a la vez, acepta que los jueces constitucionales y ordinarios (siempre que sus resoluciones sean firmes), a través de la interpretación (que es un acto de voluntad), tengan el poder de asignar libremente un sentido u otro a los derechos “vinculantes” o a la ley “imperante”; pudiendo, incluso, llegar a “torcer” la voluntad de las propias Cortes Generales (expresada en el texto normativo interpretado), las mismas que, según la propia Constitución española, “representan al pueblo español” (artículo 66°.1) y “ejercen la potestad legislativa del Estado” (artículo 66°.2).

Pues bien, ¿cómo se explica una situación como la descrita? Indudablemente, una forma de explicar la misma es asumir que el Estado de Derecho español, en la medida que se autoproclama como “democrático”, presupone una forma de entender la democracia muy distinta de la concepción tradicional, es decir, una manera de entender la misma en la que forzosamente se asume que no es incompatible el gobierno democrático del pueblo con la presencia de poderes discrecionales no representativos. Y, lógicamente, se puede decir lo mismo del modelo de Estado constitucional de Derecho. La clave, por tanto, está en descubrir y describir ese significado implícito u oculto. Dicho en otros términos, en explicar el sentido real del término “democracia constitucional”. Entonces, ¿cuál es el sentido de la democracia presupuesto en el modelo de Estado constitucional de Derecho?

2.3.1 La democracia constitucional: un modelo de juez “irreal”. El voto de confianza en los jueces.

Ferrajoli ha dado una respuesta a esta pregunta. De acuerdo con este autor, una concepción puramente formal de la democracia (es decir, la tradicional) no sirve para

describir adecuadamente el concepto de democracia implícito en la lógica del Estado constitucional de Derecho⁶⁸. Efectivamente, para Ferrajoli, una descripción adecuada de los actuales Estados de Derecho debe dar cuenta del cambio que en el sentido de la democracia se produjo con la incorporación de los derechos fundamentales, en las Constituciones de los Estados modernos, como vínculos y límites sustanciales al ámbito de lo disponible por el legislador democrático (el representante formal de la voluntad popular); añadiéndose, de esta forma, a la dimensión “formal” de la democracia (en la que se basa la concepción tradicional), que hace referencia al *quién* y al *cómo* de las decisiones, una dimensión “material” de la misma que establece *qué* es lo que no puede decidirse o, por el contrario, *qué* debe o puede ser decidido por cualquier mayoría⁶⁹. Así, en palabras de Ferrajoli, la democracia del Estado constitucional de Derecho supone “(...) un sistema en el cual la regla de la mayoría y la del mercado valen solamente para aquella que podemos llamar la esfera de lo discrecional, circunscrita y condicionada por la esfera de lo obligatorio y que está precisamente formada por los derechos fundamentales de todos: los derechos de libertad, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos sociales –a la salud, a la escuela, a la prevención y a la subsistencia– que toda mayoría está obligada a satisfacer. (...)”⁷⁰.

Como se puede apreciar, según la “descripción” hecha por Ferrajoli, el sentido de la democracia implícito en la lógica del Estado constitucional de Derecho, es uno donde la regla de la mayoría, omnímoda en la concepción tradicional de la democracia, sólo vale para lo que él denomina la “esfera de lo disponible”; esfera que contendría todas aquellas materias que estarían más allá de los derechos fundamentales (tanto los civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales) que, de acuerdo con él, vienen a ser la “esfera de lo indisponible” para cualquier poder público o privado. Es por ello que, este importante autor, dirá que el actual paradigma constitucional consagra un modelo “tetra-dimensional” de la democracia o, lo que es lo mismo, un modelo “articulado en cuatro dimensiones, correspondientes respectivamente a los cuatro tipos de derechos (...): los derechos políticos, los derechos civiles, los derechos de libertad y los derechos sociales. Los primeros dos tipos de derechos (...), y que remiten a otras tantas esferas de autonomía (la autonomía política y la autonomía privada), sirven para fundar la legitimidad de la forma de las decisiones en la esfera de la política y en la de la economía, respectivamente, y por lo tanto la dimensión formal, política y civil respectivamente, de la democracia. Los otros dos tipos de derechos (...)

⁶⁸ Cfr. Ferrajoli, Luigi. “La democracia constitucional”. Op. Cit., p. 35. Como dijo en otro momento: “una teoría jurídica de la democracia dotada de capacidad explicativa no puede hoy ignorar los límites y los vínculos constitucionales al principio de mayoría que existen ya en casi todos los ordenamientos democráticos. Límites y vínculos que, nos guste o no, son un rasgo empírico de tales ordenamientos del que una teoría de la democracia debe dar cuenta, salvo que quiera negar, con ellos, el carácter democrático de las actuales democracias constitucionales” (Ferrajoli, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia...*, p. 99).

⁶⁹ Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Op. Cit., pp. 23-24.

⁷⁰ Ferrajoli, Luigi. *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 144.

y que remiten a aquello que a la autonomía tanto política como económica le está prohibido o le es obligatorio hacer, sirven para fundar la legitimidad de la sustancia de las decisiones y, por lo tanto, la dimensión sustancial, en negativo y en positivo, de la democracia. Es sobre estas cuatro dimensiones, todas necesarias y conjuntamente suficientes, que se plantea el paradigma de la actual democracia constitucional, (...)"⁷¹.

Visto así el planteamiento de Ferrajoli, corresponde preguntarse lo siguiente: ¿es un modelo de democracia compatible con el sentido de "Poder Judicial" defendido en la primera parte? En mi opinión, en absoluto. Y ello por la sencilla razón de que entiende que los criterios sustanciales de validez, aun cuando acepta que tienen un cierto grado de indeterminación que otorga a los jueces y tribunales un cierto grado de discrecionalidad al momento de determinar su contenido (como veremos en el siguiente punto), sí llegan a establecer límites o condiciones necesarias de validez que reducen y condicionan a todos los poderes incluyendo al judicial⁷². Es decir, para este autor, la llamada por él dimensión material de la democracia no sólo condiciona la validez de las actuaciones del Legislativo y del Ejecutivo, sino también la de los propios órganos encargados de controlar su cumplimiento: los jueces y tribunales. Así, pues, éstos, aun cuando tengan la posibilidad de decir la "última palabra", en su planteamiento, tendrán discrecionalidad pero no "total" discrecionalidad. Esto quiere decir que, para Ferrajoli, en contra de lo sostenido por la teoría realista de la interpretación acá defendida, sí habría límites jurídicos para la labor de jueces y tribunales. Por esta razón, terminará diciendo que "por mucho que sean vagos y estén formulados en términos valorativos, los principios constitucionales sirven en todo caso para aumentar la certeza del derecho, ya que limitan el abanico de las posibles opciones interpretativas, obligando a los jueces a asociar a las leyes únicamente los significados normativos compatibles con aquéllos"⁷³.

No es el momento de cuestionar esta posición (se hará más adelante), lo único que me interesa destacar es que, de este planteamiento, se desprende que no todo fallo judicial será válido en el marco de la llamada democracia constitucional, al margen de si el mismo puede ser objeto de impugnación o no. Para Ferrajoli que los criterios sustanciales, como los derechos fundamentales, puedan ser interpretados por jueces y tribunales, no significa que éstos no lleguen a condicionar la validez de la actuación del propio intérprete judicial. Indudablemente, esto quiere decir que ese poder discrecional de los jueces y tribunales, en el planteamiento de Ferrajoli, no se llega a desvincular de la voluntad democrática que está detrás de la propia Constitución en

⁷¹ Ferrajoli, Luigi. "La democracia constitucional". Op. Cit., pp. 39-40. No debe olvidarse que la llamada *democracia constitucional*, propia del constitucionalismo, "supone una alteración de las bases sobre las que se sustenta la legitimidad del Estado, que tiene que ver principalmente con la adquisición de eficacia jurídica vinculante de la parte material de las constituciones (...) y, como consecuencia, ha generado una pérdida de peso del criterio democrático en la legitimidad de las decisiones (al menos si definimos éste como decisión de las mayorías)" (Barranco Avilés, María del Carmen. "Constitución, derechos humanos y filosofía del Derecho: una teoría de la justicia para el constitucionalismo contemporáneo". Op. Cit., p. 17).

⁷² Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia*. Op. Cit., pp. 65-66.

⁷³ Ibid., p. 67.

tanto norma jurídica puesta o producida por el legislador constituyente del Estado constitucional de Derecho (recuérdese que para este autor “constitucionalismo” y “positivismo” son plenamente compatibles). Así, pues, en esta lógica, al final, los jueces y tribunales siempre terminarán imponiendo, no su propia voluntad, sino la voluntad democrática que está detrás de la Constitución. Ésta, como se desprende del párrafo precedente, será ambigua pero sí llega a delimitar las posibles opciones interpretativas válidas de los jueces y tribunales. Por tanto, de alguna manera, éstos siempre terminarán imponiendo alguna de las opciones interpretativas admitidas por el marco constitucional y, por ende, por la voluntad democrática que subyace a éste.

Y si ello es así, en la concepción de la democracia que señala Ferrajoli, se está negando que los jueces y tribunales tengan el poder de imponer su propia voluntad. Es decir, se está negando que éstos, de hecho, sean un real Poder Judicial. Efectivamente, como explican Guarnieri y Pederzoli, el modelo de juez compatible con la lógica de la llamada democracia constitucional, no es el que ellos denominan como “político” (véase el punto 1 de este capítulo), sino uno que, al combinar baja discreción judicial con alta autonomía política (del poder político constituido aunque no del constituyente), puede denominarse como “juez guardián”; es decir, un juez que se dedica a controlar que se cumpla con los derechos fundamentales (tarea para la cual no tiene discreción en sentido fuerte), aun en contra de la voluntad de la mayoría política de turno (para lo cual requiere alta autonomía política), pero sometándose a la del poder político que estableció dichos derechos (tiene, pues, baja autonomía política respecto del poder político constituyente)⁷⁴. Como dicen estos autores, “el papel de la magistratura en una democracia constitucional es el de defender los derechos de los ciudadanos incluso contra la mayoría y, por tanto, ser su guardián. La tarea del juez será entonces la de defender los derechos de los individuos y de las minorías contra posibles abusos de las instituciones político-representativas y de las mayorías que las controlan”⁷⁵. El problema con esta concepción es que, como los mismos Guarnieri y Pederzoli alertan, al ser el juez el defensor de los derechos y libertades previstos en el texto constitucional, se imagina a éste como la “boca del Derecho” (o, mejor expresado, de los “derechos”) y, por tanto, “su actividad de decisión se define siempre en términos tendencialmente ejecutores”⁷⁶. Dicho en otros términos, el juez “guardián”, el modelo de juez de la democracia constitucional, en verdad, sigue siendo un juez ejecutor (o, lo que es lo mismo, el juez “boca muda”), no de la ley, pero sí de los derechos fundamentales establecidos en la constitución y, por supuesto, esto quiero decir que, en esa concepción, se asume que la función judicial constituye un acto del conocimiento y no de la voluntad (como se verá en el siguiente punto, Ferrajoli entiende que la misma es “tendencialmente cognoscitiva”).

⁷⁴ Cfr. Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia. Op. Cit., pp. 69-70.

⁷⁵ Ibid., p. 138.

⁷⁶ Ibid., p. 164.

En tal sentido, la democracia constitucional presupone un modelo de juez (el guardián) que, por todo lo dicho en la primera parte de esta investigación, puede ser calificado como “irreal” o, al menos, como incoherente con lo que de hecho sucede en la praxis. Es tan cierto esto que, al final, las posibilidades de realización fáctica del mismo descansan en un “voto de confianza” en la virtud del propio juez. Efectivamente, tal como ha señalado Troper, en el marco del constitucionalismo, si en un principio se confiaba en la virtud del legislador para asegurar el cumplimiento de las normas constitucionales, luego se entiende que “si el legislador no es controlado o, lo que resulta equivalente, si se controla a sí mismo, reelaborará la constitución según su voluntad”, pero que “si el poder de control pertenece a una jurisdicción, esta garantizará la conformidad de la ley a la constitución, lo cual supone estabilidad para la constitución y moderación en la legislación”; y, como tal, de la virtud del legislador se pasa a confiar en la “virtud del controlador”, motivo por el cual, en el constitucionalismo contemporáneo, “los efectos que en el siglo XVIII, se esperaban del funcionamiento necesario de la mecánica constitucional, hoy se esperan únicamente de la virtud de los jueces”⁷⁷. Es decir, se confía que el juez, a diferencia del legislador, no va a reelaborar la ley ni la constitución según su voluntad y, por tanto, que va a desempeñar sus funciones de forma cognoscitiva. Claramente, pues, el modelo de juez guardián no descansa en hechos demostrables empíricamente sino en la banal esperanza de que el juez nunca aborde sus funciones según la lógica de la teoría escéptica de la interpretación judicial. Consecuentemente, no es una concepción que sea compatible con la presencia de “Poder Judicial”. La llamada *democracia constitucional*, entonces, no puede ser la concepción sobre la democracia presupuesta en el modelo de Estado constitucional de Derecho.

2.3.2 Una concepción “sui generis” sobre la democracia: la supervivencia de la aristocracia-autocracia con toga.

En mi opinión, un Estado que además de proclamarse como democrático, admite la presencia de jueces y tribunales como “Poder Judicial”, en verdad, presupone un concepto de democracia donde el Derecho, el mecanismo a través del cual se manifiesta el gobierno del pueblo (o la democracia), se forma no por la sola decisión del Parlamento (el órgano de representación popular por excelencia) sino por la concurrencia de una serie de órganos previstos en la propia Constitución (Parlamento, Ejecutivo, Tribunal Constitucional, etc.); siendo el caso que, en algunos de ellos, sus propios integrantes no son elegidos por elección popular (tal como sucede con los Tribunales Constitucionales y los jueces en general). Entonces, es evidente que el

⁷⁷ Troper, Michel. *Por una teoría jurídica del Estado*. Op. Cit., pp. 193-195. Podría decirse, incluso, que al constitucionalismo contemporáneo no le queda más que confiar en los jueces porque, como explica Barranco, “la eficacia de la constitución pretende asegurarse jurídicamente mediante el establecimiento de garantías que implican la posibilidad de que un órgano de características jurisdiccionales controle que las decisiones adoptadas por el poder legislativo son conformes con a la constitución” (Barranco Avilés, María del Carmen. “Constitución, derechos humanos y filosofía del Derecho: una teoría de la justicia para el constitucionalismo contemporáneo”. Op. Cit., p. 16).

concepto de democracia implícito en la lógica del Estado constitucional de Derecho es uno donde el “gobierno del pueblo” se manifiesta, no sólo por medio de representantes directamente elegidos (como se asume en la concepción tradicional), sino también a través de una serie de órganos estatales discrecionales de carácter “no representativo” (como los jueces). Así, en esta concepción, el gobierno del pueblo es el resultado de un proceso en el que intervienen tanto órganos representativos como no representativos; órganos todos que, en conjunto, se asume expresan la voluntad popular. En síntesis, es un sistema donde se asume que los jueces y tribunales, cuando ejercen su poder discrecional (a solicitud de una demanda), ayudan a expresar la voluntad popular y, de esta forma, participan del gobierno.

Explicaré con más detalle esta conclusión. Una descripción como la señalada es la defendida por Troper. Efectivamente, este autor, como se vio en la primera parte, apelando a la teoría realista de la interpretación, demostró que la interpretación que los jueces y tribunales hacen de los textos normativos, es un acto “libre” de la voluntad y no un acto del conocimiento; convirtiéndose, por tanto, en los verdaderos creadores de la “ley” que realmente aplican⁷⁸. Luego de haber hecho esto, aplica dicha teoría a la institución del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, y llega a las siguientes constataciones: (i) no existe jerarquía alguna entre la constitución y la decisiones del Consejo constitucional francés ya que, las decisiones de éste, se basan en las interpretaciones discrecionales que él hace del texto constitucional y, como tal, sólo está sometido a su propia voluntad⁷⁹; y (ii) el Consejo constitucional al participar con poder de decisión, vía el control de constitucionalidad, en el proceso de creación y formación de la ley, debe ser considerado co-legislador conjuntamente con el Parlamento y los demás órganos que, de alguna u otra forma, participan en dicho proceso⁸⁰. Pues bien, de defender estas dos constataciones, extrae la siguiente conclusión que por su claridad es conveniente citar textualmente:

“(…), bajo la V República, la función legislativa es ejercida por un órgano complejo, uno de cuyos órganos parciales es el conjunto formado por el gobierno y el Parlamento (...) y cuyo otro órgano parcial es el conjunto formado por una de las autoridades competentes para interponer un recurso ante el Consejo constitucional y por el propio Consejo

⁷⁸ Cfr. Troper, Michel. *Por una teoría jurídica del Estado*. Op. Cit., pp. 314-317.

⁷⁹ Cfr. Ibid., p. 317. Barberis explica esta tesis de Troper en los siguientes términos: “Troper lleva (...) la nomodinámica de Kelsen (...) hasta sus últimas consecuencias (...). Kelsen había admitido que las leyes contrarias a la constitución —y sentencias contrarias a la ley— podían ser igualmente válidas en la medida en que fueran producidas por órganos competentes. Troper va más lejos y admite que las propias competencias pueden ser modificadas por los órganos mediante la interpretación; más aún si se trata de tribunales constitucionales o supremos, es decir, cuya competencia no está sujeta a ninguna jurisdicción superior. Según Troper, una jerarquía normativa sólo es tal si es reconocida por los tribunales, quienes pueden cambiar las competencias de los otros órganos e incluso las propias” (Barberis, Mauro. “El realismo jurídico europeo-continental”. Traducción de Álvaro Núñez Vaquero. En: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. Jorge Luis Fabra Zamora y Álvaro Núñez Vaquero (editores). México DF: UNAM, 2015, Vol. I, p. 233).

⁸⁰ Cfr. Troper, Michel. *Por una teoría jurídica del Estado*. Op. Cit., pp. 317-318.

constitucional. Ese legislador, globalmente considerado, no está sometido a la constitución, (...), en un sistema político que se proclama democrático, la ley no es elaborada en su totalidad ni por el propio pueblo, ni por los representantes del pueblo”⁸¹.

Como se puede apreciar, Troper, después de haber constatado que el Consejo constitucional francés es un real “Poder Judicial” (véase el punto 3.1 del primer capítulo), concluye que la ley es creada por el concurso de varios órganos que, en conjunto, no están sometidos a la Constitución (en la medida que el Consejo constitucional sólo está sometido a su propia voluntad y, al final, los demás están sometidos a la voluntad del propio Consejo) y, sobre todo, que, en ese sistema, que se proclama democrático, la Ley es elaborada en parte por un órgano no representativo como el Consejo constitucional (en tanto que no ha sido elegido según las reglas del sufragio universal). Es, pues, sobre la base de esta conclusión preliminar que llega a su conclusión principal: el concepto de democracia implícito en el sistema de la V República francesa –y, por extensión, el de todos los Estados modernos– es uno donde el “gobierno del pueblo” se manifiesta, no sólo por medio de sus representantes directamente elegidos, sino también a través de una serie de órganos estatales que, al margen de si sus integrantes fueron elegidos o no por elección popular, en conjunto, expresan la voluntad general. Por tanto, es evidente que, en ese sistema, el juez constitucional también expresa la voluntad general⁸². Es más, para demostrar esta afirmación, Troper hace la siguiente descripción del sistema jurídico-político francés: (i) ahí se define que “la ley es la expresión de la voluntad general” (artículo 6° de la Declaración de los derechos del hombre) (dice “es” y no “debe ser”); (ii) como es una definición debe considerarse siempre que los que hicieron la ley expresaron la voluntad general; y (iii), por tanto, en ese sistema, el Consejo constitucional, que participa en la formación de la ley, contribuye, él también, a la expresión de la voluntad general⁸³. Es esta, pues, la concepción de la democracia que es compatible con la existencia de “Poder Judicial”.

De esta forma, de la descripción hecha por Troper del sistema de la V República francesa, se puede concluir que el sentido de la democracia implícito en el modelo de Estado constitucional de Derecho (del cual el sistema francés es un prototipo), es uno donde los jueces constitucionales –y en general, habría que añadir, cualquier juez

⁸¹ Troper, Michel. *Por una teoría jurídica del Estado*. Op. Cit., p. 320.

⁸² Cfr. Ibid., pp. 320-322.

⁸³ Cfr. Ibid., p. 321. Troper cita un dato histórico en apoyo de esta tesis: “Esa es la razón por la que, el 10 de agosto de 1791, la Asamblea nacional tuvo que aceptar la argumentación de Barnave y declarar que el rey, que con su veto participaba en la formación de la ley, participaba en la expresión de la voluntad general y que, desde ese momento era, al igual que el cuerpo legislativo, un representante del soberano. Es significativo que ese debate se produjera no ya al principio de la Constituyente sino al concluir esta sus trabajos. Se trataba no ya de encontrar un principio de atribución del poder legislativo, sino únicamente, una vez hecha esta atribución, de encontrarle una justificación. Así, para la Asamblea nacional, todos los órganos parciales de la legislación expresan la voluntad general, independientemente de cómo hayan sido designados. En particular, resulta evidente (...) que, para expresar la voluntad general, no es en absoluto necesario haber sido elegido” (Ibid., p. 321).

cuya resolución ya no pueda ser revocada—, contribuyen a expresar la voluntad general y, por tanto, participan también del gobierno del pueblo⁸⁴. Y si ello es así, entonces resulta que el modelo de Estado constitucional de Derecho es realmente un sistema donde se confía parte del gobierno a una autoridad sumamente poderosa (el Poder Judicial) que, al tener carácter no representativo, puede ser calificada como “aristocrática”. Efectivamente, el mismo Troper dirá que, dada la presencia de jueces y tribunales como “Poder Judicial”, para determinar la real naturaleza de los sistemas que hoy se autodenominan como democráticos: “Se puede escoger entre dos calificaciones. O bien se considera que los parlamentos electos son democráticos y se debe llamar a estos sistemas “regímenes mixtos” puesto que el poder es ejercido conjuntamente por una autoridad democrática y una autoridad aristocrática. O bien se considera que los parlamentos no son más que una aristocracia electa y es necesario, por tanto, considerar que los sistemas en los que vivimos son repúblicas aristocráticas”⁸⁵. De la misma opinión es Garzón Valdés que claramente sostendrá que los actuales sistemas democráticos incluyen “un elemento aristocrático: un tribunal de unos pocos no elegidos por el pueblo y cuya función es confirmar o enmendar las decisiones de los representantes y legisladores democráticamente elegidos en aquellas cuestiones vinculadas con las reglas y principios básicos de la Constitución”⁸⁶.

Como se puede apreciar, de acuerdo con estos dos importantes autores, los jueces y tribunales, en el marco de los actuales Estados constitucionales de Derecho, se constituyen en una “autoridad aristocrática” o, lo que es lo mismo, en un importante y poderoso “elemento aristocrático”. ¿A qué pueden estar refiriéndose estos autores? De acuerdo con la teoría de las formas de gobierno expuesta por Bobbio, en su uso descriptivo⁸⁷, la democracia es “una de las tres posibles formas de gobierno en la tipología en la que las diversas formas de gobierno son clasificadas con base en el diverso número de gobernantes; en particular, es la forma de gobierno en la que el poder es ejercido por todo el pueblo, o por el mayor número, o por muchos, y en cuanto tal se distingue de la monarquía y de la aristocracia en las que el poder es

⁸⁴ Si lo dicho en el cuerpo es correcto, entonces es más o menos obvio que también lo es la aproximación metodológica denominada “political jurisprudence” que, de acuerdo con Shapiro, sostiene que los jueces y tribunales son *actores* o *agentes políticos* al igual que los poderes representativos (desde que está demostrado que intervienen en el gobierno de la sociedad porque *de facto* crean Derecho) y, por tanto, que sería un sinsentido afirmar que no forman parte —ni deben formar— de la matriz gubernamental y política de una sociedad determinada (Cfr. Shapiro, Martín. “Political jurisprudence”. En: *On law, politics and judicialization*. Martin Shapiro y Alec Stone Sweet. Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 21-28).

⁸⁵ Troper, Michel. “El poder judicial y la democracia”. Op. Cit., p. 231.

⁸⁶ Garzón Valdés, Ernesto. “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”. Op. Cit., p. 133.

⁸⁷ Bobbio diferencia entre una teoría de las formas de gobierno descriptiva y una prescriptiva: “En su uso descriptivo (...), una teoría de las formas de gobierno se resuelve en la clasificación y por consiguiente en la tipología de las formas de gobierno que históricamente han existido, realizada con base en la determinación de lo que las une y de lo que las distingue, (...). En su uso prescriptivo (...), una teoría de las formas de gobierno implica una serie de juicios de valor con base en los cuales las diversas constituciones no sólo son alineadas una al lado de otra, sino dispuestas de acuerdo con un orden de preferencia, según si una es juzgada buena y otra mala, una óptima y otra pésima, una mejor o menos mala que otra y así sucesivamente” (Bobbio, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad*. Op. Cit., p. 189).

ejercido, respectivamente, por uno o por pocos”⁸⁸. Es decir, tal como explica Bobbio, de acuerdo con esta tipología, que se remonta a la “Política” de Aristóteles⁸⁹, las formas de gobierno, según el número de personas que participa en él, se pueden clasificar en “monarquía o gobierno de uno, aristocracia o gobierno de pocos y democracia o gobierno de muchos”⁹⁰. En tal sentido, según esta clasificación, cuando Troper y Garzón Valdés, en el marco de los actuales Estados constitucionales de Derecho, resaltan el carácter aristocrático del Poder Judicial, están queriendo decir, primero, que éste es un poder ejercido por “pocos” (el cuerpo de los jueces) y, segundo, que ese poder participa o forma parte del gobierno de todos. ¿Es, pues, ello correcto?

Que los jueces y tribunales son un cuerpo de pocos, es un dato fáctico que no es posible refutar, y que participan del gobierno es otro hecho que, a lo largo de este punto, se ha tratado de demostrar. En tal sentido, me parece que es acertada la calificación hecha por Troper y por Garzón Valdés. Pero, ¿el Ejecutivo y el Parlamento no están constituidos también por pocos gobernantes? Numéricamente sí pero, a diferencia del Poder Judicial, al haber sido designados mediante las reglas del sufragio universal (directa o indirectamente), éstos tienen la condición de representantes políticos de la ciudadanía y, como tal, se puede sostener la ficción de que, en realidad, son cuerpos “democráticos” en la medida que a través de ellos el poder es ejercido por todo el pueblo. Es decir, son cuerpos de pocos pero de carácter “representativo”. No es posible, pues, endosarles a ellos el calificativo de “aristocráticos” (por ello, la segunda opción planteada por Troper me parece que debe ser descartada). En cambio, esa ficción no es aplicable al Poder Judicial ya que, al ser la designación y nombramiento de sus pocos integrantes (los jueces), por lo general, responsabilidad de un órgano técnico que, a su vez, también es no representativo (por ejemplo, en el Perú esta responsabilidad recae en el “Consejo Nacional de la Magistratura”), es lógico suponer que éste (el Poder Judicial), por su origen, no tiene carácter de representante político de la ciudadanía. Ello es así por la sencilla razón de que la ciudadanía no tiene ni voz ni voto en su proceso de selección y nombramiento. Consecuentemente, según la tipología de las formas de gobierno expuesta por Bobbio, es posible sostener que los actuales Estados constitucionales de Derecho, en realidad, han institucionalizado un sistema en el que el gobierno del pueblo es el resultado de la compleja participación de órganos democráticos (el Parlamento y el Ejecutivo) y de órganos aristocráticos (el Poder Judicial) que, en su conjunto, manifiestan la voluntad

⁸⁸ Bobbio, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad*. Op. Cit., p. 191.

⁸⁹ Aristóteles, en la “Política”, señaló lo siguiente sobre las diferentes formas de gobierno: “de los gobierno unipersonales solemos llamar monarquía al que vela por el bien común; al gobierno de pocos, pero más de uno, aristocracia (bien porque gobiernan los mejores [*áristoi*] o bien porque lo hacen atendiendo a lo mejor [*áriston*] para la ciudad y para los que forman su comunidad); y cuando la mayoría gobierna mirando por el bien común, recibe el nombre común a todos los regímenes políticos: república” (Aristóteles. *Política*. Introducción, traducción y notas de Carlos García Gual y Aurelio Pérez Jiménez. Madrid: Alianza editorial, 1998, p. 130, 1279b).

⁹⁰ Bobbio, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad*. Op. Cit., p. 144.

popular. Es, entonces, un hecho la supervivencia de la aristocracia con toga (los jueces y tribunales)⁹¹.

Ahora bien, según otra tipología de las formas de gobierno (más contemporánea, por lo demás) es posible calificar incluso al cuerpo aristocrático señalado como un cuerpo “autocrático”. Y es que, como dice Bobbio, “la clasificación más difundida en la teoría política contemporánea absorbe tanto a la monarquía como a la aristocracia en el concepto más general de autocracia”⁹². Como explica el mismo Bobbio, esta clasificación tiene su origen en Kelsen que, al considerar como superficial la tripartición tradicional, “adopta otro criterio de distinción, la mayor o menor libertad política y concluye que entonces es más correcto distinguir, en vez de tres, dos tipos de constituciones: democracia y autocracia”; criterio que se basa “en la observación de que el poder o asciende de abajo hacia arriba o desciende de arriba hacia abajo. Para justificarla, Kelsen utiliza la distinción entre autonomía y heteronomía: son democráticas las formas de gobierno en las que las leyes son hechas por aquellos a quienes se dirigen (y precisamente son normas autónomas), son autocráticas las formas de gobierno en las cuales quienes hacen las leyes son diferentes de aquellos a los que están destinadas (y son precisamente normas heterónomas)”⁹³. En tal sentido, según esta clasificación, dado que el Poder Judicial no tiene la condición de representante político de la ciudadanía y, como tal, no se puede decir que la producción judicial de Derecho constituye un caso de producción de normas autónomas (los destinatarios de las mismas no participan en su creación), entonces no cabría más que aceptar que la situación descrita en este punto constituye incluso un caso de “autocracia”. El sistema del Estado constitucional de Derecho, por tanto, no sólo instituiría un gobierno “democrático-aristocrático” sino también uno “democrático-autocrático”.

La pregunta ahora es ¿cómo puede justificarse –o legitimarse– un sistema de gobierno como el señalado en los dos párrafos precedentes? Aun cuando ello será materia de los puntos que siguen, sí es posible adelantar lo siguiente: dado que los jueces y tribunales, al ser órganos no representativos, carecen de legitimidad democrática por su origen, entonces la única posibilidad de legitimar su labor es: (i) o bien estableciendo “criterios” que regulen el ejercicio de sus funciones y, desde luego, exigiendo que se sometan a los mismos (la estrategia que habitualmente se ha intentado); (ii) o bien, en tanto autoridades “aristocráticas”, confiando en que los que ocupan ese cargo son los “mejores en virtud” para desempeñar la actividad de resolver

⁹¹ Desde luego, ni Troper ni Garzón Valdés, y mucho menos el autor de esta tesis, están queriendo decir que los jueces son una “oligarquía”. Y es que, como resalta el mismo Aristóteles, cada forma de gobierno tiene su respectiva “desviación”: “la tiranía, de la monarquía; la oligarquía, de la aristocracia, y la democracia, de la república. La tiranía, en efecto, es una monarquía orientada al interés del monarca; la oligarquía, al de los ricos, y la democracia, al interés de los pobres. Pero ninguna de ellas presta atención a lo que conviene a la comunidad” (Aristóteles. Op. Cit., p. 130, 1279b).

⁹² Bobbio, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad*. Op. Cit., p. 194.

⁹³ Ibid., pp. 192-194.

controversias (una estrategia menos usual)⁹⁴. Antes de terminar este punto, es conveniente resaltar lo siguiente. No se está diciendo que el proceso de formación de la voluntad general descrito en este punto es el sentido correcto de algo así como la democracia “verdadera”. Tan sólo se está diciendo que ese es el único sentido que puede describir a la democracia como un sistema compatible con la presencia de “Poder Judicial”. Nada más. Y es que cualquier otra concepción, como se vio en el punto 2.3.1 de este capítulo, en el caso de los jueces y tribunales, siempre terminará restringiendo o eliminando ficticiamente el jurídicamente ilimitado poder discrecional fuerte de los órganos judiciales, a los efectos de adecuar el ejercicio de la función jurisdiccional a sus pre-concepciones sobre la democracia. Vale decir, primero prescriben una definición de la democracia (en este caso, la democracia constitucional) y luego, en función de ella, tratan de describir la realidad de la labor judicial (el modelo de juez guardián). Por el contrario, en la definición que se está proponiendo, primero, se toma como un dato fáctico la labor discrecional en sentido fuerte de jueces y tribunales y, luego, se describe cuál es el sentido de la democracia que sería compatible con esa situación (uno que combina gobierno democrático con elementos aristocráticos y autocráticos). Es, pues, el resultado de haber realizado un estricto juicio de hecho y no un juicio de valor (que es el que estaría, por ejemplo, detrás de la concepción de Ferrajoli, aun cuando él afirme que su definición es puramente descriptiva de la realidad de los actuales Estados constitucionales de Derecho).

3. Criterios de legitimidad de la labor judicial (I): la exigencia de “estricta sujeción a la ley (o al Derecho)”.

En el punto precedente, se estudiaron los modelos más desarrollados de Estado de Derecho (los modelos “exigente”, “garantista” y “constitucional a secas”) y se pudo apreciar cómo, aun cuando lo niegan, el problema de la discreción judicial no sólo no disminuye sino que aumenta considerablemente. Ello es así porque, en esos modelos, se le asigna a los jueces y tribunales el papel de controlar el cumplimiento de las exigencias establecidas a la organización estatal (es la lógica del juez guardián) y, como tal, se termina dejando en manos de éstos la importante tarea de determinar el contenido de las mismas; corriéndose el riesgo, en consecuencia, de que al final el sentido que prevalezca no sea el elegido por el pueblo soberano (si es que fuera posible de identificar claro está) –o, siquiera, el previsto en la Constitución– sino por unos órganos no representativos (aristocrático-autocráticos). Pues bien, en este punto y en el siguiente, se van a presentar las diversas propuestas en torno a los criterios de

⁹⁴ No debe olvidarse que, según el propio Aristóteles, la aristocracia no sólo es el gobierno de “pocos”, en contraste con el de “uno” y con el de “muchos”, sino también “es correcto dar el nombre de aristocracia al régimen (...) formado a partir de los mejores en virtud”, puesto que “una aristocracia consiste, ante todo, en que las dignidades estén distribuidas sobre la base de la virtud (pues el rasgo que define a la aristocracia es la virtud, [mientras que] a la oligarquía, la riqueza” (Aristóteles. Op. Cit., pp. 173, 1293b y 175, 1294a). Más adelante, en el punto 5.3 de este capítulo, se sostendrá que esa confianza en la “virtud” de los jueces, no es más que la idea “legitimidad carismática” de la que nos habla Weber.

legitimidad que asisten al Poder Judicial en el marco del Estado constitucional de Derecho o, lo que es lo mismo, los argumentos dados para considerar justificado –y obedece– el ejercicio por parte de jueces y tribunales de su poder discrecional.

Por una cuestión de orden, en este acápite sólo se van a estudiar las posiciones que, en sus diversas variantes, proponen evaluar la legitimidad de jueces y tribunales en función de su grado de compromiso con la exigencia de sujeción estricta a la ley (ya sea material, ya sea procesal) o, lo que es lo mismo, a la voluntad del legislador democrático (constitucional u ordinario) que ésta supuestamente manifiesta; y, por ende, se deja para el punto 4, el estudio de aquellos planteamientos que entienden que la actividad dirigida a resolver controversias (la judicial), en el marco del Estado constitucional de Derecho, se “democratiza” –y, por ende, legítima– en virtud de una serie de factores distintos (o complementarios) a la estricta sujeción a la ley. Por la misma razón de orden, se dejará para el último punto el análisis crítico de cada una de las posiciones explicadas, a la luz de todo lo dicho en los capítulos precedentes. Será en el punto 5, entonces, en donde adoptaré una posición sobre el problemático asunto de la legitimidad/obediencia de la labor judicial.

Empecemos, la mayoría de autores revisados, aun cuando –y esto es lo más interesante– reconocen cierto grado de poder discrecional en los jueces y tribunales, afirman que la única forma de legitimar la labor de los mismos es que éstos, en el ejercicio de sus funciones, se sometan al “imperio de la ley” o, lo que es lo mismo, al imperio del Derecho (con la Constitución a la cabeza en el marco del Estado constitucional de Derecho). En otras palabras, los que defienden este criterio tienen en común el señalar que los jueces tendrán legitimidad democrática siempre que, en su actuación, se limiten a hacer efectivo el Derecho democráticamente producido. Así, pues, todas las posiciones ubicables en este rubro defienden la adopción de un criterio de legitimidad que, siguiendo la tradicional clasificación de Weber, podríamos llamar como “racional”; es decir, un criterio en el cual se profesa obediencia a alguna autoridad o mandato porque se asume –o confía– que no manda la persona que representa a dicha autoridad (en este caso, el juez) sino que manda el conjunto de normas generales y abstractas que se conoce como Derecho y, por tanto, donde los sumisos (los justiciables) entienden que no obedecen a la persona que da las órdenes sino a las directivas generales y abstractas del sistema de legalidad que le instituyó como autoridad⁹⁵.

De esta manera, para los que defienden la “estricta sujeción a la ley” como criterio de legitimidad, en cualquiera de sus variantes, el fundamento último del deber ético de obediencia a las resoluciones del juez estará en el estricto apego por parte del mismo al sistema de legalidad que éste está llamado a controlar. En simple, el juez será legítimo siempre que, a través de él, realmente el que mande no sea su arbitrio (o

⁹⁵ Cfr. Weber, Max. *Economía y sociedad*. Op. Cit., pp. 172-174 y 706-707.

discreción) sino el Derecho. A continuación, se van a presentar las posiciones que son ubicables bajo este rubro (en tanto tienen en común el evaluar la legitimidad de la actuación judicial en términos de “sujeción a la ley”), las mismas que, al presentar diferencias entre sí, pueden ser agrupadas en tres sub-grupos: (i) las que de forma genérica tratan sobre la sujeción de todo juez, ordinario o constitucional, al Derecho preexistente; (ii) las que adecuan ese criterio y adoptan una posición en el ámbito de la justicia constitucional; y (iii) las que prestan particular atención al cumplimiento de los reglas procesales de la práctica judicial al momento de evaluar la legitimidad de la misma. Todas estas posiciones serán tratadas a continuación y, por supuesto, se van a señalar las diferencias que hay entre ellas, dejándose para el punto 5 los comentarios –o críticas– que a las mismas pueden hacerse.

3.1 La estricta sujeción a la ley (o al Derecho) en cualquier tipo de proceso.

En este grupo se ubican aquellas posiciones que ponen especial énfasis en el sometimiento a la ley (o al Derecho) como criterio de legitimidad de la actuación de los jueces y tribunales pero sin diferenciar entre procesos ordinarios y constitucionales. La idea común de todas ellas es que el fallo final, para ser legítimo y por tanto obedecible, debe basarse o sustentarse en lo dispuesto por el Derecho preexistente. Por supuesto, todas ellas diferirán entre sí en la forma o el método que proponen (o dejan de proponer) para identificar el Derecho preexistente al cual el juez debería someterse.

3.1.1 El sometimiento a la ley interpretada observando criterios “rigurosos” de interpretación.

La primera posición a citar es la de Díez-Picazo. Este autor parte de la siguiente premisa: en los modernos Estados democráticos (es decir, en los Estados constitucionales de Derecho), el juez, al no ser nombrado directamente por el pueblo o por los órganos representativos (el Parlamento, por ejemplo), es un “funcionario” o, lo que es lo mismo, no es un representante popular. Por esta razón, explica que, en dichos ordenamientos, el juez siempre está –o, mejor, debe estar– sometido incondicionalmente a la Ley. Y es que, en esos Estados, apunta Díez-Picazo, el Derecho sólo puede ser creado por los poderes públicos “representativos”; siendo incompatible con los mismos, en consecuencia, la creación judicial de Derecho (supone que unos órganos que son “no representativos” pueden crear Derecho)⁹⁶. Ello explicaría, en su lógica, por ejemplo, que en España los jueces ordinarios estén impedidos de realizar el control de constitucionalidad (no se habría querido dejar en manos de funcionarios la “expresión de la voluntad popular”) y, por supuesto, que el mismo esté asignado en monopolio a un órgano como el Tribunal Constitucional cuyos integrantes, al ser nombrados en su mayoría por las Cortes Generales (8 de 12), no tendrían la condición de “funcionarios” y, por tanto, sus resoluciones sí serían fuente

⁹⁶ Cfr. Díez-Picazo, Luis María. *Régimen constitucional del Poder judicial*. Madrid: Civitas, 1991, p. 127.

del Derecho (si sus resoluciones son fuente del Derecho es porque éste crea Derecho y si éste crea Derecho es porque, según la lógica de Díez-Picazo, es un representante)⁹⁷.

Pues bien, seguirá razonando Díez-Picazo, en los Estados democráticos donde el juez tiene la condición de funcionario y, por tanto, donde es políticamente inadmisibile la creación judicial de Derecho, "(...) los standards de lo hermenéuticamente lícito deben ser más rigurosos que en un ordenamiento basado en el judge-made law, so pena de consagrar el reino de la arbitrariedad y falsear una democracia fundada en la legalidad (...), es decir, en actos normativos consciente y voluntariamente adoptados por poderes públicos representativos"⁹⁸. Y, precisamente, para evitar que los jueces mediante la interpretación "tuerzan" los actos normativos adoptados por los órganos representativos, este autor dirá que, en esos Estados, "(...), la libertad interpretativa de cada juez está limitada inexorablemente por el deber de dar una motivación adecuada (...), protegible, (...), por vía de amparo; y conviene subrayar que toda norma admite únicamente un número limitado de interpretaciones racionalmente argumentadas"⁹⁹.

Es así como, en atención a lo anterior, Díez-Picazo concluirá que el juez-funcionario, en el ejercicio de sus funciones, se legitima democráticamente: (i) sometiéndose al imperio de la ley (o del Derecho), y (ii) observando criterios "rigurosos" de interpretación y aplicación de la ley. En las propias palabras de este autor: "(...), es claro que sólo el sometimiento al imperio de la ley y la observancia de criterios de interpretación y aplicación rigurosos proporciona al Juez una legitimación democrática que, por conducto representativo, no posee. (...). En un Estado democrático no caben poderes sin legitimación democrática y la única que puede ostentar el juez-funcionario es la del escrupuloso respeto a la ley. Esta legitimación funcional del juez no es una pura declaración retórica, pues da cobertura constitucional —e, incluso, las exige— a disposiciones legales, (...), que sancionan el desconocimiento de la ley por el Juez"¹⁰⁰. A contrario sensu, aquel juez o tribunal que, en el ejercicio de sus funciones, no se someta al imperio de la ley aplicando criterios de interpretación "rigurosos", devendrá en ilegítimo o, lo que es lo mismo, será desobedecible. Desafortunadamente, y este es su punto débil, este autor no define cuáles son los "criterios de interpretación rigurosos" que aseguran un total sometimiento al imperio de la ley.

3.1.2 El sometimiento a la ley sociológicamente interpretada.

Otro planteamiento ubicable en este grupo es el del profesor Elías Díaz. Efectivamente, este autor, cuando trata la tarea de los jueces en el marco de la sociedad democrática signada por la prevalencia de métodos de producción capitalista

⁹⁷ Cfr. Díez-Picazo, Luís María. Op. Cit., p. 128.

⁹⁸ Ibid., p. 129.

⁹⁹ Ibid., p. 129.

¹⁰⁰ Ibid., pp. 129-130.

(que es la que actualmente vivimos), dirá que su función consiste en aplicar la ley al caso concreto (someterse, pues, al imperio de la ley) pero no de una forma “a-valorativa”.

Efectivamente, este autor parte de hacerse la siguiente pregunta: “¿Qué puede hacer el juez cuando sea precisamente la ley, la norma, la que precisamente no se interese ni responda a una verdadera consecución y realización de la justicia, cuando sea el propio Derecho –como es tan frecuente– una mera sacralización de ilegítimos intereses particulares impuestos coactivamente y que postergan a los auténticos intereses generales de esa sociedad?”¹⁰¹. Como se puede apreciar, para Elías Díaz, el Derecho existente a priori no puede ser calificado de imparcial y, sobre todo, de justo... y, por supuesto, esto supone un serio problema para los jueces: si el juez se limita a aplicar la ley a-valorativamente (es decir, sin hacer ningún juicio de valor), en verdad, se estaría parcializando con la voluntad hecha Derecho, corriéndose el riesgo de que termine siendo utilizado por el poder político y/o económico, dada su supuesta “subordinación” a la norma, como fiel guardián de sus intereses particulares¹⁰². No obstante, esta situación no autoriza al juez a prescindir de la norma porque ¿quién garantiza que la decisión del mismo va a estar orientada hacia la consecución de la justicia? En palabras del propio autor: “Pero lo que me parece más auténticamente renovador no es prescindir, en ese sentido, de la norma (objeto inútil y hasta anacrónico en la sociedad de nuestros días) sustituyéndola por la decisión del juez, con el grave riesgo, advierte Treves, de que esas decisiones –aparte de las razones de seguridad y relativa objetividad que cabe, en general, alegar– no se orienten además precisamente hacia esas metas progresivas de “libertad, de igualdad, de democracia y de progreso social”. ¿Quién nos garantiza que éstas van a ser las metas del juez, de todo juez?”¹⁰³. Es decir, sustituir a la norma por la voluntad del juez no garantiza que se cumplan las metas progresistas por él señaladas. Por tanto, en esta lógica, no cabe más que reconocer que la tarea primordial de los jueces y tribunales de justicia sigue siendo aplicar el Derecho preexistente. Esa sería, pues, la función que legítimamente tendrían que cumplir.

Sin embargo, como se dijo, no plantea la aplicación “a-valorativa” de la ley. En efecto, para evitar que el juez termine siendo un defensor de los intereses particulares de los grupos dominantes, Elías Díaz propondrá la siguiente salida: “Creo más bien, que el juez debe salvarse, y liberarse, junto con la norma, junto con el Derecho, cumpliendo una función creadora en la aplicación de la norma, contribuyendo a su vez para que ésta sea cada vez más auténtica expresión de la voluntad popular libremente expresada, realizando un juicio crítico (positivo o negativo) de la legislación vigente con objeto de ayudar así a su transformación hacia esos objetivos progresivos de

¹⁰¹ Díaz, Elías. *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*. Op. Cit., p. 39.

¹⁰² Cfr. Díaz, Elías. *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*. Op. Cit., p. 41.

¹⁰³ Ibid., p. 42.

carácter amplia y genuinamente democrático, (...)”¹⁰⁴. Como se puede apreciar, el juez, en el planteamiento de Elías Díaz, debe cumplir una función “creadora”, no en la producción de la norma, sino en la aplicación de la misma. ¿Qué quiere decir con esto? Al parecer, esta función creadora en la aplicación implica, en este autor, una apuesta por el método de interpretación sociológico, por lo menos eso es lo que se deduce del siguiente párrafo: “trabajando con normas habrá siempre que tener en cuenta y tomar en consideración sus implicaciones y repercusiones en una determinada sociedad. De aquí se infiere con toda evidencia la necesidad, entre otras, de una perspectiva sociológica sobre el Derecho y la afirmación de que el conocimiento y el trabajo del jurista –esencialmente del juez– no se reduce, ni debe reducirse, a una labor de interpretación lógico-formal ni de aplicación mecánica de las normas, sino de análisis y entendimiento en un determinado contexto social e histórico, así como de reelaboración creadora de las mismas”¹⁰⁵.

Es decir, a diferencia del planteamiento de Díez-Picazo, acá sí hay un posicionamiento por un método de interpretación concreto: claramente se opta por la perspectiva sociológica que indica que las normas deben ser interpretadas a la luz del contexto histórico-social en el que serán aplicadas¹⁰⁶; contribuyendo, de esta forma, a que la ley sea “auténtica expresión de la voluntad popular libremente expresada”. Así, pues, el juez, de todas las posibles interpretaciones de una norma, debe valorar como la más adecuada aquella que actualice a la misma según los cambios producidos en el contexto social e histórico en el que será aplicada. En esta lógica, éste sería el sentido realmente democrático de la ley y, como tal, ese es el que el juez tendría que aplicar en el ejercicio de sus funciones. Por tanto, así sería como el juez obtendría legitimidad democrática: aplicando la ley pero interpretada según el método sociológico.

Ahora bien, en mi opinión, es necesario hacer una precisión. Tal y como está planteada hasta ahora esta posición, parecería que la misma, al optar por el criterio de interpretación sociológico, estuviera apostando por dotar al fallo del juez de lo que Elías Díaz denomina como “legitimidad social”, es decir, por acercar el texto de la disposición normativa, a través de la interpretación, a aquellos valores o intereses que se manifiestan “a través de las vivencias –o aspiraciones– de una determinada sociedad, es decir, de los diferentes sectores o clases de ella”¹⁰⁷. Dicho en otros términos, pareciera que Elías Díaz estuviera planteando que la legítima tarea del juez, al tener que interpretar conforme al método sociológico, es la de fallar según “los valores eficaces (...) en un cierto grupo social dado, así como también (...) las normas

¹⁰⁴ Díaz, Elías. *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*. Op. Cit., p. 42.

¹⁰⁵ Ibid., p. 61.

¹⁰⁶ De acuerdo con Barranco, el criterio de interpretación sociológico indica que “las palabras y la voluntad del legislador deben ser matizadas teniendo en cuenta las nuevas circunstancias sociales”. Es decir, “se trata de buscar la interpretación más adecuada de la ley teniendo en cuenta la realidad social” (Barranco Avilés, María del Carmen. *Derechos y decisiones interpretativas*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 85).

¹⁰⁷ Díaz, Elías. *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*. Op. Cit., p. 20.

socialmente consideradas valiosas y justas”¹⁰⁸. ¿Es esto lo que realmente quiere decir Elías Díaz cuando habla de la función “creadora” del juez en la aplicación de la norma?

En mi opinión sí siempre que se entienda que esa interpretación sociológica o según la legitimidad social, en la lógica de Elías Díaz, no puede dar como resultado planteamientos regresivos en materia de derechos humanos (no debe perderse de vista que no es imposible imaginar una situación en la cual los valores sociales o eficaces están en abierta discordancia con los derechos fundamentales). Ello es así porque, como se dijo al momento de estudiar el modelo exigente de Estado de Derecho, para Elías Díaz la sociedad democrática lo es no sólo por regirse según la regla de la mayoría sino también por respetar los derechos de las minorías y, en última instancia, las libertades individuales de conciencia, de expresión y de participación¹⁰⁹. Es por esta razón que, en lo que se refiere a la obediencia al Derecho, dirá lo siguiente: “(...), considero (...) que la obediencia al Derecho, a un Derecho, puede constituir una verdadera obligación ética, pero que, por supuesto, también puede constituir una obligación ética su desobediencia: cuando, por ejemplo, (...), tal Derecho supone una negación de la libertad que es presupuesto para la auténtica expresión de la voluntad individual y social sin la cual no hay verdadera comunidad humana”¹¹⁰. No cabe duda, entonces, que para este autor sólo se deberá obediencia a aquel “Derecho que garantice, proteja y fortalezca la libertad y precisamente, para empezar, que reconozca el máximo respeto a la conciencia ética individual”¹¹¹.

Lo dicho en el párrafo precedente confirma que, para Elías Díaz, la conciencia ética individual sería el criterio último para evaluar la obediencia-desobediencia ética que se le debe a un acto normativo (no la jurídica). Si no se respeta o garantiza la misma, según su lógica, existirán poderosas razones morales para desobedecer. Y si ello es así, las mismas razones que él da para desobedecer el Derecho tendrán que ser aplicables para deslegitimar y desobedecer una sentencia que, habiendo utilizado el método de interpretación sociológico, niega o transgrede las libertades individuales básicas de conciencia, de expresión y de participación; libertades que, para Elías Díaz, constituyen el límite de las decisiones democráticas adoptadas por mayoría (precisamente porque las configura como libertades al servicio de la democracia misma). En ese sentido, de una lectura conjunta de su importante obra, habría que entender que, para este autor, el juez adquiere legitimidad en el ejercicio de sus funciones aplicando la ley mayoritaria, interpretada según el método sociológico, pero teniendo siempre en cuenta la intangibilidad de los derechos de las minorías y, en última instancia, la por él llamada conciencia ética individual.

¹⁰⁸ Díaz, Elías. *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Op. Cit., p. 29.

¹⁰⁹ Cfr. Ibid., pp. 59-60.

¹¹⁰ Ibid., p. 85.

¹¹¹ Ibid., p. 91.

3.1.3 El sometimiento a la ley “válida”: la estricta sujeción a la ley como garantía de los derechos fundamentales.

Otro planteamiento ubicable en este rubro, qué duda cabe, es el de Luigi Ferrajoli. Para este autor, en el marco de las democracias constitucionales, el juez adquiere legitimidad democrática, aun cuando tiene cierto poder discrecional, porque cumple sus funciones en estricta sujeción a la ley, tanto en sentido material como procesal. Efectivamente, de acuerdo con este autor, en el marco del Estado constitucional de Derecho, los jueces y tribunales cumplen una clara función de garantía: asegurar tanto la plena vigencia de los derechos fundamentales previstos en la Constitución como el cumplimiento del principio de legalidad en la actuación de los poderes públicos; función que, de acuerdo con Ferrajoli, es ejercida por jueces y tribunales en estricta sujeción a la ley “válida” (es decir, conforme con la Constitución) y respetando escrupulosamente las garantías constitucionales del debido proceso¹¹². Trataré el primero en este ítem y dejaré el segundo para el punto 3.1.3.

De acuerdo con Ferrajoli, la legitimidad democrática del juez se deriva de su sometimiento a la legalidad pero, y esto es básico en su planteamiento, siempre y cuando la misma sea “válida” o, lo que es lo mismo, esté de acuerdo con los derechos fundamentales y con el principio de legalidad de los poderes públicos, en tanto límites y vínculos sustanciales impuestos a la mayoría por las Constituciones democráticas. Es decir, en el planteamiento de este autor, la sujeción a la legalidad implica, de un lado, tutela de los derechos fundamentales de todos y, de otro, observancia del principio de legalidad en la actuación de los poderes públicos. Y es que, como se dijo en el punto 2.3, en la teoría de Ferrajoli, los derechos fundamentales (tanto los civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales) y el principio de legalidad, ambos garantizados por la Constitución, se constituyen en la “esfera de lo no decidible” por las mayorías y, por tanto, en el criterio de legitimidad democrática en base al cual se evaluará la actuación de todos los poderes públicos (incluyendo, obviamente, al Poder Judicial)¹¹³. En palabras de Ferrajoli:

“Esa esfera de lo no decidible –qué cosa no es lícito decidir (o no decidir)– no es sino lo que en las constituciones democráticas se ha convenido sustraer a la voluntad de la mayoría. Y ¿qué es lo que las constituciones establecen como límites y vínculos a la mayoría, como precondiciones del vivir civil y a la vez razones del pacto de convivencia? Esencialmente dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (...) y la sujeción de los poderes públicos a la ley. En estos dos valores, expresión ambos del principio de igualdad, reside el carácter “democrático” de la jurisdicción

¹¹² Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Op. Cit., pp. 25-27 y, del mismo autor, “Jurisdicción y democracia”. Op. Cit., pp. 212-217.

¹¹³ Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Op. Cit., pp. 23-24 y, del mismo autor; “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”. Op. Cit., pp. 12-13.

como garantía, por una parte, de los derechos de todos y, por otra, del ejercicio legal de los poderes públicos”¹¹⁴.

Dicho de otro modo, en una democracia sustancial (que es la que, según Ferrajoli, se habría instituido en el Estado constitucional de Derecho), que es una donde no todas las decisiones mayoritarias son válidas (o legítimas), la legitimidad de los jueces y tribunales no será mayoritaria pero, y esto es importante, sí sería completamente “democrática”: éstos, en su ejercicio, hacen efectiva a la propia democracia sustancial, es decir aquella basada en la tutela de los derechos fundamentales de todos y en la legalidad de la actuación de los poderes públicos. No serán representantes de la mayoría pero, y ahí reside su legitimidad democrática, cumplen con vigilar, en estricta sujeción a la ley válida, que los representantes de la mayoría no vulneren las normas constitucionales que constituyen la por él llamada “esfera de lo no decidible” en el seno de la democracia sustancial¹¹⁵.

La base de esta posición está en asumir –artificialmente, en mi opinión– que los jueces y tribunales llevan a cabo una actividad “tendencialmente” cognoscitiva y, por tanto, siempre sometida, de alguna u otra forma, a lo previsto en la Constitución. Efectivamente, frente a las objeciones presentadas por Ruiz Miguel acerca de que sus tesis le otorgan una peligrosa discrecionalidad a los jueces y tribunales derivada del carácter indeterminado de los principios constitucionales¹¹⁶, Ferrajoli responderá que el hecho de que los criterios sustanciales de validez, en las Constituciones rígidas, hayan sido previstos en términos vagos o ambiguos, “(...) no anula el carácter tendencialmente cognoscitivo de la interpretación judicial como aplicación sustancial de las normas constitucionales y, por consiguiente, el fundamento específicamente legal de su legitimación y de su independencia”¹¹⁷. Es decir, que las normas constitucionales sean indeterminadas y, por ende, que los jueces tengan cierto grado de discrecionalidad en su aplicación, no afecta en absoluto el carácter de actividad sometida a la legalidad de la función jurisdiccional. Ello sería así en virtud del carácter “tendencialmente” cognoscitivo de la interpretación judicial.

¹¹⁴ Ferrajoli, Luigi. “Jurisdicción y democracia”. Op. Cit., pp. 212-213.

¹¹⁵ Coincide con esta posición Peña que dirá: “En definitiva, la vinculación constitucional entre reglas democráticas que limitan las posibilidades de decisión mayoritaria y derechos fundamentales y la existencia de un poder funcionalizado a la garantía, no permiten reprochar al poder judicial ningún tipo de déficit de legitimidad democrática, pues en ese caso podría ser referido también a los derechos fundamentales como límites a las posibilidades de decisión mayoritaria, lo que no deja de ser inaceptable y absurdo. Además, si consideramos que la acción ante un órgano jurisdiccional puede ser una vía de ejercicio y defensa de un derecho o interés frente a una agresión ilegítima mayoritaria, estaremos autorizados a hablar de legitimidad democrática del poder judicial frente al poder de la mayoría, del mismo modo que se acepta que aquellas otras reglas que impiden anular a la minoría o que presuponen diversidad de opciones son presupuestos de la propia democracia y no restricciones al poder de la mayoría” (Peña Freire, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997, pp. 242-243).

¹¹⁶ Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia*. Op. Cit., pp. 63-64.

¹¹⁷ Ibid., p. 65.

Efectivamente, Ferrajoli cuando dice que la interpretación judicial es “tendencialmente” cognoscitiva se está refiriendo al hecho de que los jueces y tribunales buscan realizar o presentar su actividad de esta manera. Por lo menos, eso es lo que se deduce de lo siguiente: “(...) a diferencia de cualquier otra actividad jurídica, la actividad jurisdiccional en un Estado de Derecho es una actividad tendencialmente cognoscitiva además de práctica y prescriptiva; o, mejor, es una actividad prescriptiva que tiene como necesaria justificación una motivación en todo o en parte cognoscitiva”¹¹⁸. O sea, acepta que la interpretación judicial es una actividad de la voluntad (es prescriptiva) pero, resalta, que en los hechos se presenta y justifica como del conocimiento... y, al parecer, eso es suficiente para calificarla como “tendencialmente” cognoscitiva; es decir, si no se ha entendido mal, para Ferrajoli la interpretación judicial es un acto de la voluntad pero que, por la necesidades de motivación que tienen los jueces, tendería a ser cognoscitiva o, lo que es lo mismo, a presentarse como un acto de descubrimiento –y no de creación– del sentido o significado oculto del texto normativo a ser aplicado. Y si ello es así, entonces resulta que, en su concepción, la función jurisdiccional siempre se auto-justificará –y, por ende, legitimará– como un acto de aplicación de la legalidad existente, ya sea la ley constitucional, ya sea la ley ordinaria.

Esta idea se complementa con el planteamiento de Ferrajoli, visto en el punto 2.3, de que los criterios sustanciales de validez, a pesar de que tienen un cierto grado de indeterminación, sí establecen límites o condiciones necesarias de validez que condicionan a todos los poderes públicos incluyendo al judicial. Es decir, no sólo es que los jueces se auto-justifican presentando su actividad como cognoscitiva sino que, además, “por mucho que sean vagos y estén formulados en términos valorativos, los principios constitucionales sirven en todo caso para aumentar la certeza del derecho, ya que limitan el abanico de las posibles opciones interpretativas, obligando a los jueces a asociar a las leyes únicamente los significados normativos compatibles con aquéllos”¹¹⁹. Así, pues, en esta lógica, al final, los jueces y tribunales se verán forzados a imponer, no su propia voluntad, sino la voluntad democrática que está detrás de la Constitución. Ésta será ambigua pero, en tanto llega a delimitar las posibles opciones interpretativas válidas, los jueces y tribunales tendrán que elegir alguna de las opciones interpretativas admitidas por el marco constitucional si es que aspiran, claro está, a presentar su actividad como cognoscitiva. Tienen, entonces, un ámbito de discreción para ejercer sus funciones pero éste se reducirá a elegir entre los posibles sentidos interpretativos válidos que la propia Constitución habilita. Es por esta razón

¹¹⁸ Ferrajoli, Luigi. “Jurisdicción y democracia”. Op. Cit., p. 213.

¹¹⁹ Ferrajoli, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia*. Op. Cit., p. 67. De la misma opinión es Prieto Sanchís que también sostendrá que “(...) por graves que fuesen las dificultades para determinar el significado y alcance concreto de cada uno de los valores, que son quizás los estándares más genéricos, su simple reconocimiento constitucional representa ya un condicionamiento del proceso interpretativo que, de otro modo, sería aún más libre. Además, que tales dificultades sean reales, tampoco significa que la atribución de significado a los valores sea una tarea en la que el juez pueda moverse con absoluta libertad. Los valores no son entidades lingüísticas vacías ni meras fórmulas de estilo capaces de dar cobertura “filosófica” a cualquier decisión” (Prieto Sanchís, Luis. *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*. Op. Cit., p. 253).

que, al final, calificará a la actividad judicial como un “saber-poder”, es decir, “un mixto de conocimiento y de decisión, cuya legitimación política depende del predominio del primero sobre la segunda (...), tal como exige la estricta legalidad”¹²⁰. Entonces, actividad tendencialmente cognoscitiva, de un lado, y presencia de criterios de validez sustancial no totalmente indeterminados, del otro, son los elementos que, al final, exigen que sea “la estricta sujeción a la ley válida” el criterio para evaluar la mayor o menor legitimidad democrática de los jueces y tribunales.

Ahora bien, y esta “estricta sujeción a la ley válida”, reclamada por Ferrajoli, ¿supone que los jueces están legitimados para controlar y reparar cualquier incumplimiento por parte del legislador de las normas sustanciales incluidas en la por él llamada “esfera de lo no decidible”? Aunque parezca inconsecuente con lo dicho hasta ahora, Ferrajoli no lleva hasta esos extremos sus propias tesis. En efecto, como ha precisado recientemente, su modelo (la democracia constitucional) distingue entre “funciones de garantía (tendencialmente cognitivas) y funciones de gobierno (prevalentemente dispositivas) legitimadas las primeras por la determinación de los presupuestos normativamente preestablecidos de las decisiones de las que son ejercicio, y las segundas por la representatividad política”¹²¹; y, sobre todo, otorga a las funciones de gobierno, propia de la legislación y no de la jurisdicción, la importante tarea de reparar lagunas y antinomias legislativas, es decir, las violaciones de la Constitución (y, sobre todo, de los derechos fundamentales integrantes de la “esfera de lo no decidible”) por omisión y por comisión respectivamente¹²². Es decir, al contrario de lo que sus tesis en un inicio podían llevar a pensar, para Ferrajoli, en virtud de la distinción entre funciones de gobierno y de garantía, los jueces tienen un papel muy limitado a los efectos de poner en marcha todas las exigencias positivas (hacer) y negativas (no hacer) que se derivan de los derechos contenidos en la esfera de lo no decidible: “En el modelo normativo que he teorizado, (...), la reparación de las lagunas y de las antinomias, esto es, del Derecho ilegítimo (...), no está confiada al activismo interpretativo de los jueces; sino a la legislación y, por tanto, a la política por lo que se refiere a las lagunas; y a la anulación de las normas inválidas por las Cortes constitucionales por lo que se refiere a las antinomias. (...). En suma, (...); en el paradigma del constitucionalismo rígido, (...), se limita y vincula de un modo más fuerte al poder judicial, de acuerdo con el principio de separación de poderes y con la idea de que la jurisdicción es tanto más legítima cuanto más cognitiva y menos discrecional resulte. Los jueces, en base a este paradigma, no pueden crear normas, pues ello comportaría una invasión del campo de la legislación, sino sólo censurar la invalidez por oposición con la Constitución: anulándola si se trata de la jurisdicción

¹²⁰ Ferrajoli, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia*. Op. Cit., p. 93.

¹²¹ Ferrajoli, Luigi. “Principia iuris. Una discusión teórica”. En: *Doxa*, N° 31, 2008, p. 406.

¹²² Sobre la concepción de Ferrajoli de “laguna” y “antinomía”, Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Op. Cit., p. 878.

constitucional o elevando cuestiones de inconstitucionalidad si se trata de la jurisdicción ordinaria”¹²³.

Como se puede apreciar, en el modelo de Ferrajoli, en el caso de lagunas, corresponde al legislador positivo (el Parlamento) emitir la norma jurídica que colme la indebida omisión constitucional (que, por cierto, habrá sido ocasionada por la inactividad del mismo Parlamento) y, en caso de antinomias, corresponde al legislador negativo (el Tribunal Constitucional) anular la norma jurídica que incurre en violación de la Constitución por comisión. Es decir, los jueces ordinarios, en este esquema, aparecen como poderes “nulos”. Que estén obligados a cumplir sus funciones en estricta sujeción a la ley válida (es decir, en estricta sujeción a los mandatos constitucionales), no significa que están autorizados a realizar los actos legislativos que se requieren para solucionar los problemas de lagunas y antinomias (emitir y derogar normas jurídicas, respectivamente) que, en la teoría de Ferrajoli, son estructurales al modelo de Estado constitucional de Derecho¹²⁴. Es más, en lo que se refiere a la reparación de lagunas, las limitaciones a la función jurisdiccional son mayores ya que, tal como se deduce del párrafo precedente, ni siquiera las Cortes constitucionales podrían asumir legítimamente dicha tarea. Y es que, para Ferrajoli, el fenómeno de las lagunas viene “generado sobre todo en la formulación, como normas téticas de nivel constitucional, de derechos fundamentales cuyas garantías pueden ser introducidas solamente por la legislación ordinaria”¹²⁵ y, como tal, “las lagunas estructurales, (...)”, esto es, como algo diferente a las antinomias estructurales que se expresan a partir de normas inválidas, no parecen estar sujetas a un procedimiento de reparación en sede jurisdiccional. Es de hecho evidente que las Cortes Constitucionales, atendiendo al principio de la separación de poderes, no pueden, por ejemplo, en ausencia de una legislación de desarrollo en materia de derechos sociales, introducir las garantías correspondientes a éstos”¹²⁶.

Claramente, pues, para Ferrajoli la tarea de los jueces de vigilar, en estricta sujeción a la ley válida, que los representantes de la mayoría no vulneren las normas constitucionales que constituyen la por él llamada “esfera de lo no decidible”, no puede suponer que éstos, a los efectos de reparar lagunas o antinomias, sustituyan al legislador y, como tal, emitan la norma jurídica correspondiente (en el caso de lagunas) o deroguen la norma inválida (en el caso de antinomias). Es decir, para Ferrajoli, que “(...)”, en la democracia constitucional, dotada también de una dimensión nomoestática, el legislador [esté] sometido no sólo a normas formales sino también a

¹²³ Ferrajoli, Luigi. “Principia iuris. Una discusión teórica”. Op. Cit., pp. 404-405.

¹²⁴ Para Ferrajoli, en los sistemas dotados de Constitución rígida, como el modelo de Estado constitucional de Derecho: “la potencial incoherencia e inconclusión del derecho producido por fuentes legislativas ordinarias es estructural, ya que es una consecuencia lógica de la normatividad de la constitución para con la producción legislativa” (Ferrajoli, Luigi. “Constitucionalismo y teoría del Derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso”. Op. Cit., pp. 170).

¹²⁵ Ferrajoli, Luigi. “Principia iuris. Una discusión teórica”. Op. Cit., p. 412.

¹²⁶ Ibid., p. 426.

normas sustanciales, que puede violar por comisión o por omisión”¹²⁷, no quiere decir que los jueces ordinarios, sobre todo en el caso de lagunas, tienen el legítimo poder de controlar dicho sometimiento. Los legisladores, según Ferrajoli, están obligados a respetar y cumplir con esa dimensión nomoestática pero, en caso de incumplimiento, los jueces no tienen atribuciones para hacerlos cumplir con la misma. En tal sentido, el criterio de legitimidad de la función judicial defendido por Ferrajoli, tan sólo autoriza a jueces y tribunales, a lo más, a poner de manifiesto la presencia de lagunas o antinomias pero no a repararlas (salvo el caso de los jueces constitucionales que, en su modelo, al actuar como legisladores negativos, sí están legitimados a invalidar la legislación inconstitucional pero a no colmar lagunas). Así, pues, en la lógica de Ferrajoli, la estricta sujeción del juez ordinario a la ley válida (es decir, a la ley constitucional), aunque suene contradictorio, no legitima la adopción de medidas judiciales destinadas a hacer efectiva la Constitución. Ello, legítimamente, sólo puede ser tarea de la legislación positiva o negativa.

3.2 La estricta sujeción a la ley “constitucional” en el control de la constitucionalidad de las leyes.

La idea central del planteamiento constitucionalista es establecer límites jurídicos, vía la Constitución, a las decisiones que pueden ser adoptadas según el criterio mayoritario. Por supuesto, para que esos límites no se conviertan en meras declaraciones retóricas, el mismo constitucionalismo, en su sentido más estricto, plantea la necesidad de colocar en manos de los jueces y tribunales el control de la constitucionalidad de las decisiones adoptadas por los órganos de representación mayoritaria, es decir, que éstos cumplan con la legalidad prevista en el texto constitucional. Pues bien, en este punto, se van a estudiar a algunos autores que se han preguntado hasta dónde pueden llegar, legítimamente, los jueces y tribunales en el ejercicio de su función de control de la legalidad constitucional, entendiendo que, en virtud de la propia democracia, existen algunas decisiones del legislador democrático que no pueden estar sujetas a la revisión judicial. Así, pues, todas las posiciones que se presentarán a continuación, tienen en común el sostener que los jueces constitucionales, a los efectos de salvaguardar el sistema democrático, solamente están autorizados a ejercer sus atribuciones en determinados tipos de materias (hasta ahí, pues, llegaría la estricta sujeción a la ley constitucional), aunque diferirán, precisamente, en el tipo de materias que pueden ser objeto de control constitucional.

3.2.1 La garantía de las normas constitucionales producto de un especial “momento constitucional”.

Esta es la posición defendida por Bruce Ackerman. Efectivamente, este autor sostendrá que los jueces constitucionales, en el marco del control de

¹²⁷ Ferrajoli, Luigi. “Principia iuris. Una discusión teórica”. Op. Cit., p. 413.

constitucionalidad de las leyes, solamente están autorizados para asegurar que la legislación ordinaria, adoptada según el criterio de las mayorías, no transgreda aquellas normas jurídicas que son producto de especiales y extraordinarios “momentos constitucionales”. Es decir, para este autor, la estricta sujeción a la ley constitucional, en el ámbito del control constitucional de las leyes, sólo puede estar dirigida a garantizar la intangibilidad de aquellas materias constitucionales que, al cumplir ciertas especiales condiciones de aprobación (los momentos constitucionales), escapan al poder reformador de la legislatura mayoritaria común y ordinaria. En todos los demás supuestos, se sobreentiende, el legislador ordinario tendría que ser la “última” autoridad democrática y, por tanto, la justicia constitucional no tendría absolutamente nada que decir.

Para entender esta posición, es necesario profundizar en la concepción sobre la democracia que subyace a la misma. Para Ackerman, la mejor explicación sobre la realidad de la llamada democracia constitucional la brinda el enfoque “dualista”; es decir, “una concepción que, por sobre todas las cosas, intenta distinguir entre dos clases distintas de decisiones políticas a las que adjudica distinta legitimidad; primero, decisiones tomadas por el pueblo mismo; segundo, decisiones tomadas por el gobierno”¹²⁸. Ello es así porque, de acuerdo con su planteamiento, en el marco de las democracias contemporáneas es posible diferenciar las decisiones ordinarias y permanentes de los gobernantes de turno (lo que él llama “momentos corrientes”), de aquellas situaciones excepcionales o infrecuentes en las que las decisiones se puede considerar que han sido tomadas directamente por el pueblo mismo, “momentos especiales que por denominarlos de alguna manera podemos llamar momentos constitucionales”¹²⁹.

Así, pues, en la concepción dualista defendida por Ackerman se produce una distinción clave entre normas jurídicas adoptadas en momentos corrientes (las adoptadas por el gobierno) y normas jurídicas aprobadas en momentos constitucionales (las aprobadas por el pueblo mismo). Es decir, para la posición defendida por este autor, la voluntad popular no está representada sólo por el Parlamento sino también por “los principios legales que han ganado el asentimiento del pueblo en momentos de actividad constitucional”¹³⁰. De esta forma, para Ackerman, en la lógica de la democracia constitucional, el más alto grado de legitimidad democrática ya no le corresponderá a las disposiciones emitidas por el Parlamento en los momentos ordinarios, sino que lo tendrán aquellas decisiones adoptadas por los representantes del pueblo pero que son producto de haber movilizado y ganado el apoyo mayoritario de los ciudadanos (y no sólo habiendo

¹²⁸ Ackerman, Bruce y Rosenkrantz, Carlos. “Tres concepciones de la democracia constitucional”. En: *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 16.

¹²⁹ Ibid., p. 16.

¹³⁰ Ibid., p. 22.

obtenido el respaldo de la mayoría de los representantes)¹³¹. En otras palabras, la más alta legitimidad democrática la tendrán las normas jurídicas que hubieran sido aprobadas producto de lo que Ackerman llama los excepcionales “momentos constitucionales”.

Definido de esta forma el concepto de democracia dual, ¿cuál es el papel que, para este autor, le corresponde legítimamente a la justicia constitucional? En el dualismo democrático, tal como señala Ackerman, la justicia constitucional “tiene como deber básico preservar las decisiones políticas tomadas por el pueblo e impedir que dichas decisiones sean erosionadas por las decisiones del gobierno” y, por tanto, aparece como “una institución conservadora de la voluntad popular tal como ésta es expresada en los momentos constitucionales”¹³². En tal sentido, en este planteamiento, resulta claro que la legítima tarea de la justicia constitucional será: (i) impedir que las mayorías parlamentarias circunstanciales deroguen o modifiquen, mediante una ley normal u ordinaria (la adoptada en un momento corriente), aquella legalidad que hubiera alcanzado el más alto grado de legitimidad por haber sido aprobada en los especiales momentos constitucionales; y, como tal, (ii) forzar a las mayorías parlamentarias a seguir el camino que otorga la más alta legitimidad democrática (el momento constitucional) si quieren cuestionar decisiones previas que han obtenido esa condición¹³³. Por tanto, para saber si una actuación judicial, en el ámbito del control constitucional de las leyes, es legítima o no, en la lógica de Ackerman, será indispensable saber identificar cuándo se está en presencia –y cuándo no– de una decisión adoptada en un especial y extraordinario momento constitucional.

Pues bien, de acuerdo con Ackerman, ¿cuándo una norma jurídica es producto de un momento constitucional? Según este autor, estas situaciones se caracterizan porque, en ellas, (i) un extraordinario número de ciudadanos está seguro de la particular importancia del asunto que se está discutiendo (importancia mucho mayor, se sobreentiende, que los asuntos normales que se dejan en manos del gobierno); (ii) todos los ciudadanos han tenido la oportunidad de organizarse para expresar su punto de vista sobre el problema que se discute (es decir, hay una amplia participación ciudadana); y (iii) existe una mayoría ciudadana (y no sólo de representantes electos) que es partidaria de solucionar el problema en cuestión de una forma determinada¹³⁴. Por el contrario, las decisiones tomadas por el gobierno son adoptadas en los “momentos corrientes” que, a diferencia de los constitucionales, se caracterizan porque, en ellos, “no existe ni el debate ni la movilización popular” que se presenta en los momentos constitucionales y, por ende, donde “el electorado confía al gobierno la gestión de los negocios públicos y, el gobierno, legitimado por este mandato, adopta

¹³¹ Cfr. Ackerman, Bruce y Rosenkrantz, Carlos. Op. Cit., pp. 20 y 30-31.

¹³² Ibid., p. 18.

¹³³ Cfr. Ibid., p. 17, foot note 3.

¹³⁴ Cfr. Ibid., p. 16.

las decisiones que cree más convenientes”¹³⁵. Es decir, como explica Gargarella, mientras que las decisiones adoptadas por el gobierno son más normales y hacen a la política de todos los días, los infrecuentes momentos constitucionales, en la lógica de Ackerman, son procesos de reorganización social muy profundos que implican una enorme movilización de la ciudadanía, amplios procesos de discusión, marchas y contramarchas a partir de la confrontación de ideas opuestas, etc.¹³⁶. En tal sentido, para saber si una actuación de la corte constitucional es legítima o no, será necesario afrontar la difícil tarea de evaluar si la decisión normativa que se pretende preservar, más allá de la jerarquía formal que pudiera ostentar (rango constitucional, rango de ley, etc.), por la forma en que fue producida, satisface o no los requisitos constitutivos señalados de un momento constitucional. Como se verá en su momento, es en este punto en donde reside la mayor dificultad de la tesis de Ackerman.

Es necesario abordar una última cuestión antes de pasar al siguiente punto. ¿Cuál es la posición del dualismo de Ackerman en relación con la legalidad constitucional constituida por los derechos fundamentales? Para el dualismo, no existirán inconvenientes en apoyar la intangibilidad de dichos derechos, sea el contenido que sea de los mismos, siempre que los mismos sean el resultado de la decisión democrática de una mayoría movilizada en uno de esos especiales momentos constitucionales¹³⁷. Es decir, no los valora por sí mismos (o por ser intrínsecamente justos) sino sólo por ser producto de una decisión que, por la forma en que fue adoptada, ha ganado la máxima legitimidad democrática. Ello es así porque, como dice Ackerman, “el dualismo es democrático primero y protector de derechos después (definidos de acuerdo a la decisión democrática de una mayoría movilizada)”¹³⁸. Entonces, ¿esto quiere decir que la corte constitucional tendría que apoyar incluso una reducción de derechos siempre que esto sea producto de un momento constitucional? La respuesta de Ackerman es bastante clara y, por eso, conviene citarla textualmente: “Supongamos que una erupción religiosa como la del mundo islámico alcanza al mundo occidental. Supongamos que este despertar religioso concita la adhesión de mayorías movilizadas, (...). Supongamos que se proclama una hipotética Enmienda veintisiete en el caso americano (...) de acuerdo a la cual se establece una religión obligatoria. (...). Sin duda que esta enmienda ofenderá el compromiso con la libertad de conciencia. Sin embargo, si uno tuviese la mala suerte de estar en la Suprema Corte no cabe duda acerca de su responsabilidad constitucional. Aunque es de esperar que uno no cambie de opinión acerca del terrible error moral de sancionar una religión obligatoria en una sociedad caracterizada por la diversidad y el pluralismo, es claro que para el dualismo un juez debe apoyar esa enmienda (...) como parte de la Constitución”¹³⁹. Consecuentemente, queda claro que la legítima misión del juez

¹³⁵ Ackerman, Bruce y Rosenkrantz, Carlos. Op. Cit., p. 16.

¹³⁶ Cfr. Gargarella, Roberto. Op. Cit., p. 135.

¹³⁷ Cfr. Ackerman, Bruce y Rosenkrantz, Carlos. Op. Cit., p. 25.

¹³⁸ Ibid., p. 25.

¹³⁹ Ibid., p. 26.

constitucional del dualismo es la de preservar las normas jurídicas que hayan sido fruto de un excepcional “momento constitucional”, al margen del contenido progresista, conservador o regresivo que pudieran tener las mismas.

3.2.2 El control de las normas constitucionales relativas a la participación democrática en el proceso político.

Esta es la propuesta de John Hart Ely. La misma consiste en sostener que los jueces constitucionales, a diferencia de la tesis de Ackerman, sólo están legitimados a realizar el control de constitucionalidad a los efectos de asegurar la legalidad constitucional relativa al proceso de representación y participación democrática de todas las personas, independientemente de si esa normativa fue producto de un momento constitucional o no (mientras que Ackerman busca diferenciar a las normas jurídicas según su proceso de adopción, Ely lo hace en función del contenido de las mismas). Ello es así porque, en su opinión, el legislador está en una mejor posición que los jueces para dar vida a los principios y valores sustanciales de la Constitución; mientras que, por el contrario, sostendrá que los jueces están en una mejor posición que el legislador para controlar el cumplimiento de los preceptos constitucionales relativos a la representación democrática y a la participación política en igualdad de condiciones. La teoría de Ely, en sus propias palabras, “es una teoría que limita el control constitucional relativo a las disposiciones abiertas de la Constitución al insistir en que sólo puede ocuparse legítimamente de problemas de participación y no de los méritos sustantivos de la opción política atacada”¹⁴⁰.

Efectivamente, Ely da tres argumentos a favor de limitar el control de constitucionalidad al reforzamiento de la participación y la representatividad política y, por supuesto, de reconocer que en cuestiones sustanciales los legisladores democráticos deben ser los que tengan la última palabra: (i) un estudio histórico de la Constitución de los Estados Unidos de América y de sus sucesivas enmiendas demuestra que “preservar valores fundamentales no es propiamente una función constitucional”¹⁴¹; (ii) la limitación de la justicia constitucional al control de la representatividad y participación política refuerza el sistema de democracia representativa¹⁴²; y (iii), sobre todo, los jueces están en una mejor posición que los legisladores para realizar el control constitucional de la representatividad y participación política y, por el contrario, éstos están en una mejor posición que los primeros para decidir cómo deben protegerse y en qué medida los valores sustantivos¹⁴³. Dado que el primer argumento, el histórico, es relativo a la experiencia constitucional de los Estados Unidos de América, no voy a profundizar en el mismo.

¹⁴⁰ Ely, John Hart. *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*. Traducción de Magdalena Holguín. Bogotá: Siglo de Hombres Editores / Universidad de los Andes, 1997, p. 215.

¹⁴¹ Cfr. Ibid., pp. 112-113.

¹⁴² Cfr. Ibid., pp. 113-114.

¹⁴³ Cfr. Ibid., p. 114.

No obstante, los otros dos sí son generalizables y, por tanto, van a ser tratados a continuación.

Lo primero que habría que señalar es la idea de democracia que está detrás de la concepción de Ely. Para él, ésta aparece como un mecanismo para la toma de decisiones en el que tiene derecho a participar, con voz y voto, toda persona o grupo que potencialmente vaya a verse afectado por la decisión a ser adoptada. Así, pues, en esta lógica, será imprescindible alcanzar y preservar una situación tal en la que nadie quede excluido indebidamente de participar en el mencionado mecanismo, ya sea directamente, ya sea por medio de representantes electos. Como explica Gargarella, “el objetivo de la propuesta de Ely, en definitiva, es el de asegurar una democracia representativa estable en la que todos los posibles afectados por una cierta decisión tengan la posibilidad de expresar su propio punto de vista”¹⁴⁴. Por supuesto, es una concepción esencialmente formal de la misma ya que, más allá de las cuestiones relativas a la participación y representación, se deja en manos de las mayorías legislativas las decisiones sobre qué valores sustantivos son deseables y sobre cómo y en qué medida deben protegerse los mismos. Nuevamente, como explica Gargarella, “su propuesta [la de Ely] parte de una cierta teoría sobre la democracia y coloca en el centro de la escena a la voluntad mayoritaria. Son las mayorías –sus representantes, más bien–, y no un grupo ilustrado de jueces, las que tienen que decidir de qué modo quieren responder a las cuestiones valorativas que se les plantean”¹⁴⁵.

Dicho esto, tiene sentido que para Ely el sistema democrático salga fortalecido si se asigna a la justicia constitucional sólo el control de las reglas relativas a la representatividad y participación política (argumento dos): (i) si los jueces constitucionales se dedicaran a resolver problemas relativos a cuestiones sustantivas, estarían reemplazando a los ciudadanos –o a sus representantes– en la resolución de conflictos morales que, en su modelo, deben solucionarse según el criterio mayoritario; pero (ii) si se dedican sólo a controlar que todos puedan participar y expresarse libremente en el debate democrático, entonces estarán garantizando que la democracia, en tanto mecanismo para la toma de decisiones, funcione correctamente. Como el propio Ely señala, una justicia constitucional así limitada “reconoce la inadmisibilidad de la tesis de que los magistrados vitalicios nombrados reflejan mejor que los representantes elegidos los valores convencionales, dedicándose en cambio a controlar los mecanismos mediante los cuales el sistema busca garantizar que nuestros representantes elegidos realmente nos representen”¹⁴⁶.

Pero no sólo eso, para Ely, los jueces constitucionales están en una mejor posición que los legisladores para contralar el cumplimiento de las reglas constitucionales

¹⁴⁴ Gargarella, Roberto. Op. Cit., p. 155.

¹⁴⁵ Ibid., p. 153.

¹⁴⁶ Ely, John Hart. Op. Cit., p. 128.

relativas a la representatividad y participación política (argumento tres). Efectivamente, para este autor, los jueces están mejor situados que los legisladores para realizar esta importante función de reforzamiento democrático, no porque sean particularmente expertos en estas materias, sino porque poseen una “perspectiva” distinta a la del legislador mayoritario que, dada su posición de poder, tendría los incentivos suficientes para bloquear el cambio político (para impedir la pérdida de su posición de poder) y/o excluir del proceso democrático o colocar en desventaja a las minorías políticas (para impedirles o dificultarles que, democráticamente, ganen el poder mayoritario)¹⁴⁷. Es por ello que dirá que “nuestros representantes elegidos son las últimas personas en quienes confiaríamos para identificar cualquiera de estas dos situaciones. Los magistrados nombrados, no obstante, son comparativamente ajenos al sistema gubernamental, y sólo indirectamente deben preocuparse por continuar en sus cargos. Esto no les da un acceso especial a los auténticos valores norteamericanos: por el contrario, en gran medida, garantiza que no lo tendrán. Sin embargo, sí los coloca en una posición que les permite evaluar objetivamente las acusaciones –aun cuando nadie supone que tal evaluación esté libre de opiniones– de que, al taponar los canales del cambio, o actuar como instrumentos de la tiranía mayoritaria, nuestros representantes elegidos no están representando los intereses de quienes el sistema cree que defiende”¹⁴⁸.

Básicamente, pues, según la lógica de Ely, no podemos confiar en los que hoy controlan los hilos del poder para, precisamente, fiscalizar que se cumpla con las reglas constitucionales que aseguran la alternancia en el mismo y que la voz de las minorías siempre sea escuchada. Pero sí podemos hacerlo en los jueces ya que, dada su independencia, son ajenos a las vicisitudes mayoritarias (su poder no depende de una u otra mayoría circunstancial). Por tanto, no sólo es que la justicia constitucional, al controlar el cumplimiento de las reglas sobre participación y representación, fortalece el sistema de democracia representativa sino que, por su posición a-mayoritaria, los jueces constitucionales son los mejor posicionados para cumplir con dicha misión. No cabe duda, entonces, que el control de las reglas sobre participación y representación democrática, en la lógica de Ely, tendrá que ser tarea de las Cortes constitucionales. Sólo para ella estarían legitimadas (se sobreentiende que, para este autor, sí podemos confiar en las contingentes mayorías parlamentarias para que decidan qué valores sustantivos son deseables y cómo y en qué medida deben ser protegidos). Por supuesto, el problema con esta posición está en saber cuáles son las reglas constitucionales, precisamente, relativas a la participación y representación democrática (Ely se centra en la libertad de expresión, en la libertad de realizar actividades políticas, en el derecho de sufragio y en la representación de las minorías). Y es que, como se verá en su momento, es posible hacer lecturas restrictivas (como la

¹⁴⁷ Cfr. Ely, John Hart. Op. Cit., p. 130.

¹⁴⁸ Ibid., p. 130.

de Ely) y/o extensivas de las condiciones necesarias para asegurar el correcto funcionamiento del mecanismo democrático de toma de decisiones.

3.2.3 Los jueces constitucionales como garantes de la adopción de decisiones políticas imparciales y de decisiones privadas relativas al plan de vida.

Este es el planteamiento del profesor argentino Roberto Gargarella que, a diferencia de las dos posiciones anteriores, entiende que la justicia constitucional legítimamente sólo puede dedicarse a dos tareas: (i) asegurar que, en el ámbito público, se adopten decisiones políticas “imparciales” y (ii) que éstas no afecten la autonomía de los sujetos para adoptar y seguir los planes de vida de su preferencia. Es decir, no sólo debe centrarse en controlar el cumplimiento de las reglas constitucionales que aseguran la representación, participación y discusión democrática (como aconseja Ely) sino que, además, debe velar porque en ese ámbito no se adopten decisiones intervencionistas en la esfera de la autonomía de la voluntad (es decir, que no se adopten leyes perfeccionistas), al margen de si las mismas son producto o no de un momento constitucional (Ackerman, como en el caso de la religión obligatoria, sí le daría la máxima legitimidad democrática a una legislación perfeccionista, a pesar de atentar contra la autonomía privada, siempre que la misma sea producto de lo que él llama un especial “momento constitucional”).

Explicuemos con más detalle este planteamiento. Gargarella parte de una concepción “deliberativa” sobre la democracia que, como él explica, “parte de la idea de que un sistema político valioso es aquel que promueve la toma de decisiones imparciales, esto es, decisiones que no resultan sesgadas indebidamente en beneficio de alguna persona o grupo, sino que tratan a todos con igual consideración” y, por tanto, que “afirma que la democracia resulta defendible porque favorece, mejor que cualquier otro sistema, la toma de decisiones imparciales”¹⁴⁹. Ello sería así porque, en esta concepción, “no sólo se defiende la democracia porque en ella se valora el sufragio, sino también, fundamentalmente, porque se valora el proceso que antecede al sufragio, que es un proceso de reflexión colectiva” y, como tal, se entiende que “la principal virtud de la democracia es la de que en ella se facilita y promueve la discusión pública: si tal discusión faltara, luego, no sería razonable esperar que las decisiones que se adoptaran resultaran ser unas decisiones imparciales, ni tampoco quedarían demasiadas buenas razones para apoyar tal sistema político como particularmente valioso”¹⁵⁰.

Como se puede apreciar, para Gargarella, la democracia es un sistema de gobierno valioso porque, en él, al promoverse y facilitarse el debate público como método de toma de decisiones, se garantiza que éstas al final no estén parcializadas con los

¹⁴⁹ Gargarella, Roberto. Op. Cit., pp. 157-158.

¹⁵⁰ Ibid., p. 158.

intereses de algún grupo en específico. Es decir, es un sistema en el que se presenta una relación causa-efecto entre debate público y decisiones imparciales. Efectivamente, para este autor, el debate público en torno a los asuntos que son de interés colectivo, es aquel proceso mediante el cual los posibles afectados por una medida determinada, no sólo defienden y hacen públicos sus propios intereses, sino que también, como fruto del intercambio de argumentos, escuchan las razones de los otros y, eventualmente, pueden llegar a modificar algunos de sus puntos de vista¹⁵¹. Es decir, viene a ser un proceso de discusión y esclarecimiento mutuo y, por tanto, si en ese marco “se toma una decisión que es aceptada por todos, entonces es dable pensar que la decisión alcanzada ofrece ciertas garantías de imparcialidad que otros procedimientos alternativos no pueden garantizar del mismo modo”¹⁵². Consecuentemente, en la lógica de Gargarella, si en el marco de un debate público, todos los interesados están presentes y, a la vez, todos buscan asegurar sus propias preferencias, es lógico suponer que, si al final se llega a un acuerdo, éste no ha resultado sesgado indebidamente en beneficio de alguna persona o grupo, sino que ha sido el producto de haber tratado a todos los participantes con igual consideración y, por tanto, se podría decir que se está ante un acuerdo imparcial.

Dicho esto, salta a la vista el papel que debe cumplir la justicia constitucional en ese marco. Para Gargarella, al ser la democracia sólo un mecanismo para la toma de decisiones y no un mecanismo que impone la adopción de ciertas decisiones, al igual que Ely, dirá que “deben ser los ciudadanos –o, en todo caso, sus representantes–, y no los jueces, los encargados de pronunciarse en (lo que podríamos llamar) cuestiones sustantivas”¹⁵³, y, por supuesto, entenderá que los jueces constitucionales están legitimados para controlar el cumplimiento de las reglas constitucionales relativas a la representación, participación y discusión democrática. Es decir, el mantenimiento de las condiciones para que sean los propios ciudadanos –o sus representantes– los que efectivamente adopten decisiones imparciales sobre cuestiones sustantivas. Como él mismo dice, “¿por qué un defensor de la idea de la “democracia deliberativa” habría de defender el respeto de tales procedimientos? La respuesta parece sencilla: cualquier restricción arbitraria a la libertad de expresión, la discriminación de alguna minoría, o la violación de los procedimientos electorales implican unos obstáculos fundamentales para que se pueda desarrollar un diálogo público significativo. ¿Qué sentido tiene la deliberación si de ella se excluye a ciertas “voces”, o se impide la presentación de –o el apoyo a– argumentos relevantes?”¹⁵⁴

Queda claro, entonces, que según Gargarella la justicia constitucional debe controlar precisamente que la mayoría no altere las condiciones de deliberación que, en su lógica, serían necesarias para alcanzar acuerdos imparciales. Esta sería su primera

¹⁵¹ Cfr., Gargarella, Roberto. Op. Cit., pp. 158-160.

¹⁵² Ibid., p. 161.

¹⁵³ Ibid., pp. 161-162.

¹⁵⁴ Ibid., p. 162.

misión. Ahora bien, como se dijo, él también les asigna otra tarea a los jueces constitucionales: controlar que como fruto del debate público no se terminen adoptando decisiones que terminen afectando el derecho de todos a elegir y desarrollar planes de vida (por ejemplo, que se imponga una religión obligatoria). Efectivamente, si bien es cierto que, para Gargarella, las decisiones sobre cuestiones sustantivas sólo deben estar sujetas a la regla de la mayoría, también lo es que, en la lógica de este autor, existe un área sustantiva que no podría ser objeto de regulación según la regla mayoritaria: la elección y desarrollo de planes de vida. Ello es así porque, sobre esa materia, la última autoridad debe ser el propio sujeto. En palabras de este autor: “así como no resulta aceptable que un individuo imponga su voluntad sobre la del resto, en asuntos que son del interés de todos, tampoco lo es que la comunidad imponga a alguno de sus miembros decisiones que tienen que ver con planes de vida individuales. La democracia hace posible que incrementemos nuestro poder soberano, extendiéndolo hasta la decisión de los problemas que compartimos con los demás. En cambio, si permitimos que colectivamente se decida cómo va a llevar su vida cada individuo, el objetivo inicial resultará diluido o indirectamente frustrado: queríamos ampliar la autonomía de cada uno, y terminamos ampliando la autonomía de algunos en desmedro de la autonomía de otros”¹⁵⁵.

A estos efectos, Gargarella distingue entre “moral personal” y “moral intersubjetiva”. Según él, la primera es la que prescribe o prohíbe ciertas conductas por sus efectos sobre el propio individuo actuante, mientras que la segunda es aquella que prescribe o prohíbe ciertas conductas por sus efectos respecto de terceros¹⁵⁶. Así, pues, dirá que en lo que se refiere a las cuestiones relativas a la moral personal o privada “(...) la intuición sería la siguiente: éstas son cuestiones respecto de las cuales el único soberano es uno mismo, el sujeto directamente involucrado en ellas. (...). En cambio, y respecto de aquellas decisiones que trascienden el ámbito de la moral privada (por ejemplo, una decisión relacionada con cómo distribuir la riqueza generada por todos), la intuición sería la siguiente: éstas son cuestiones que conciernen a un colectivo de individuos y, en principio, parece valioso que todos los agentes involucrados establezcan cómo resolverlas. Si no se escuchasen todas las voces potencialmente afectadas, la imparcialidad de la decisión que está en juego podría resultar seriamente afectada”¹⁵⁷. Es por ello que Gargarella dirá que “en las cuestiones de moral privada – que hacen al modo en que cada persona quiere vivir su propia vida– ni las autoridades políticas ni los jueces deben tener poder de injerencia. Tales autoridades sólo pueden intervenir, limitadamente, respecto de cuestiones de moral pública”¹⁵⁸.

Consecuentemente, según esta lógica, los jueces constitucionales también estarían legitimados para evaluar si las decisiones mayoritarias son o no intervencionistas y, en

¹⁵⁵ Gargarella, Roberto. Op. Cit., p. 166.

¹⁵⁶ Cfr. Ibid., pp. 166-167.

¹⁵⁷ Ibid., pp. 167-168.

¹⁵⁸ Ibid., p. 168.

caso de serlo, garantizar que se mantenga indemne ese espacio donde el único soberano debe ser uno mismo. Resáltese, sólo preservar los linderos de esa zona más no intervenir en la misma. En palabras de Gargarella: “el poder judicial podría desempeñar un papel importante en este tipo de cuestiones. Ello, por ejemplo, contribuyendo a defender a la ciudadanía contra la imposición de leyes perfeccionistas”; aunque, y esto es importante, “esto no querría decir, como algunos parecen entender, que el poder judicial debería pasar a ser el último órgano decisor – en lugar del poder legislativo– en materias vinculadas con la privacidad. La idea es, más bien, que en tales materias los únicos soberanos deben ser los mismos individuos: ni el poder judicial ni los órganos políticos estarían justificados para reemplazar la decisión de cada sujeto respecto de sus propios ideales de virtud. La tarea de los magistrados, en todo caso, podría ser la de mantener la integridad de la autonomía de los individuos”¹⁵⁹. Asegurar, entonces, que el individuo pueda tomar sus propias decisiones sobre cómo debe vivir su vida, será la segunda misión de la justicia constitucional. Por supuesto, esto también genera dudas ya que, primero, no está claro cuándo una materia corresponde a la moral privada y cuando a la pública (un ejemplo contemporáneo de esta incertidumbre sería la “apología”) y, segundo, así como pueden hacerse interpretaciones extensivas sobre las condiciones necesarias para asegurar la representación, participación y discusión democrática (preocupación que viene desde la propuesta de Ely), también puede hacerse lo mismo en lo que se refiere a las condiciones que se requieren para que los individuos no vean mermada su autonomía para elegir y desarrollar planes de vida.

3.3 La estricta sujeción a la ley “procesal”: los aspectos procesales de la práctica judicial.

A diferencia del enfoque sobre la estricta sujeción a la ley visto hasta ahora (que podría decirse que, en general, está referido a la ley material o sustantiva), varios autores han puesto también énfasis en el sometimiento a la ley procesal como criterio de legitimidad de la labor judicial. Es decir, al margen de las normas jurídicas “preexistentes” que establecen las soluciones que resuelven las controversias (la ley material), las posiciones que se presentarán a continuación entienden que, a los efectos de evaluar la legitimidad de la función jurisdiccional, es tanto o más importante observar el sometimiento por parte del juez de la causa a las normas jurídicas “preexistentes” que fijan las condiciones en las que debe ser llevado el proceso judicial (la ley procesal). La idea de este enfoque es que el sometimiento a este tipo de normas, al final, asegura que el fallo del juez no aparezca como arbitrario.

La primera posición a citar es la de Ferrajoli. Para este autor, el criterio de legitimidad sustancial (el sometimiento a la ley “válida”), se complementa con las exigencias procesales que, de acuerdo con este autor, se le imponen al juez a los efectos de

¹⁵⁹ Gargarella, Roberto. Op. Cit., p. 171.

reducir su poder discrecional. Efectivamente, como explica Ferrajoli, la segunda consecuencia de haber asumido el paradigma del Estado constitucional de Derecho es “el reforzamiento de las garantías penales y procesales que hoy viene impuesto, como fuente de legitimación del poder de los jueces (...), precisamente por la comprobada amplificación que han experimentado el papel y los espacios de la jurisdicción”¹⁶⁰. Para este autor, entonces, el pleno respeto de las garantías penales y procesales, son condiciones irrenunciables de la legitimidad democrática de la actuación de los órganos judiciales. Y es que de no ser así, como él mismo dice, “el poder de los jueces se transforma en lo que Montesquieu llamó el poder más odioso”¹⁶¹. Vale decir, las garantías procesales lo que persiguen es asegurar que los jueces cumplan, en el ejercicio de sus funciones, con someterse al imperio de la ley “válida”. Así, pues, para Ferrajoli, “(...) las garantías penales y procesales son técnicas que no sólo limitan los poderes de los jueces sino que también los sujetan a su función cognoscitiva”¹⁶². Cómo lo hacen, eso es algo sobre lo que él no se pronuncia.

Esta apuesta por las garantías procesales como criterio de legitimidad de la actuación de los jueces es destacada también por Andrés Ibáñez. En efecto, este autor parte de considerar dos cosas: (i) que los jueces y tribunales, dado el innegable poder discrecional que poseen, tienen la necesidad de autolegitimarse en el ejercicio de su propia función de administrar justicia¹⁶³; y (ii) que, a esos efectos, “resulta insuficiente el criterio de justificación puramente técnico que aportaba al trabajo del juez el hecho de haber sido seleccionado mediante oposición, precisamente por la constatación de que su función ya no es asépticamente aplicativa”¹⁶⁴. Es decir, de acuerdo con Andrés Ibáñez, dado que los jueces no se limitan a realizar sus funciones según el método silogístico (sólo en éste sería “asépticamente aplicativa”), no basta que su designación haya sido el resultado de un riguroso proceso de selección destinado a evaluar sus aptitudes profesionales, para afirmar que los mismos cuentan con legitimidad en el ejercicio de sus funciones. En otras palabras, que la función judicial sea ejercida se supone por los más capaces (esa es la idea que está detrás del sistema de oposiciones), no es criterio suficiente para dotar de legitimidad democrática a la misma. Será necesario, pues, proponer algún criterio adicional (y esto es conveniente resaltarlo, no se dice que el criterio técnico no “contribuya a...”, tan sólo se dice que es “insuficiente”).

Pues bien, para Andrés Ibáñez, ese criterio adicional viene a ser el respeto por parte del juez, en el ejercicio de sus funciones, de las reglas procesales elementales. Efectivamente, apoyándose en Trocker, este autor afirmará que la legitimidad del Poder Judicial, antes que del modo en que resultan reclutados sus componentes,

¹⁶⁰ Ferrajoli, Luigi. “Jurisdicción y democracia”. Op. Cit., p. 216.

¹⁶¹ Ibid., p. 217.

¹⁶² Ibidem.

¹⁶³ Cfr. Andrés Ibáñez, Perfecto y Claudio Movilla Alvarez. Op. Cit., p. 27.

¹⁶⁴ Ibid., p. 27.

provendrá “(...) de la manera en que están llamados a ejercer la propia función. Fuerza y al mismo tiempo límite de la función judicial (...) son el respeto de precisas garantías en el plano procesal y formal. De este modo, será a través de la rigurosa observancia del régimen de garantías constitucionalmente previsto, y del fiel cumplimiento de las exigencias procedimentales, es decir, de la observancia de la inmediación, de la efectividad del contradictorio, del respeto al principio de la presunción de inocencia en sus múltiples proyecciones, de la autenticidad en la motivación de las resoluciones... como puede y debe legitimarse un juez. Es decir, por la incorporación plena de los valores inspiradores de la disciplina constitucional del proceso a su práctica jurisdiccional. Soportando por tanto en primera persona las consecuencias deslegitimadoras de una posible actitud de signo contrario en ese plano”¹⁶⁵. Es decir, para Andrés Ibáñez, los jueces y tribunales no se legitiman únicamente por sus calificaciones o cualidades, ni mucho menos por respetar escrupulosamente la ley sustancial (algo que, como se verá en el punto 4., resulta ser muy discutible), sino por llevar a cabo su proceso de decisión respetando las normas que garantizan que la decisión final, sea el sentido que sea de la misma, aparezca como el resultado de un proceso transparente, imparcial y motivado, guiado por el juez predeterminado por la ley y en el que las partes en disputa han tenido la posibilidad de argumentar y contra-argumentar a favor de sus respectivas posiciones (efectividad del contradictorio). Será, pues, el respeto de las garantías procesales señaladas (lo que vuelve su posición menos gaseosa que la anterior), lo que le permitirá al juez presentar su actividad como no arbitraria y, por ende, como legítima.

Otro autor que ha resaltado la importancia del sometimiento a la ley procesal como criterio de legitimidad es Prieto Sanchís que, al fijarse en un dato no señalado por los autores precedentes, entiende que los aspectos procesales de la práctica judicial son los únicos criterios posibles para evaluar la legitimidad de la actuación de los jueces y tribunales en aquellos supuestos en los que éstos se ven compelidos a actuar con discreción fuerte (es decir, a crear Derecho) a los efectos de resolver la controversia sometida a su consideración (por ejemplo, los casos de lagunas normativas). Efectivamente, este último, al igual que Ferrajoli, considera que “la jurisprudencia obtiene su legitimidad del fiel cumplimiento de los valores, principios y normas que forman el ordenamiento jurídico” pero, a su vez, también es consciente que “las decisiones judiciales presentan con frecuencia una dimensión creativa, y es claro que en lo que dichas decisiones tienen de producción jurídica en sentido fuerte no pueden justificarse invocando la ejecución de un Derecho superior” (es decir, no pueden legitimarse invocando la sujeción a la ley); motivo por el cual “a partir de aquí se abre la responsabilidad política del juez; de un juez que se configura como un órgano legitimado para efectuar esa labor merced a las garantías formales y procedimentales (...) y que, en cierto modo, compensan su falta de representatividad democrática. En

¹⁶⁵ Andrés Ibáñez, Perfecto y Claudio Movilla Alvarez. Op. Cit., pp. 27-28.

esas garantías reside el segundo fundamento de legitimidad del Derecho judicial¹⁶⁶. Es decir, en tanto existen casos en los que el juez no puede alegar que está aplicando la ley material para resolver la controversia que está en sus manos (porque, por ejemplo, no existe una norma jurídica preexistente que regule el caso de autos), en esos supuestos, la fuente de su legitimidad tendrá que ubicarse en “las llamadas virtudes formales o procedimentales” y, por tanto, será “el modo de producir Derecho y la especial posición de los tribunales lo que autoriza o legitima la creación judicial”¹⁶⁷.

¿Y cuáles son las garantías formales y procedimentales que, según Prieto Sanchís, legitiman la labor judicial? Aun cuando no las señala expresamente, es posible deducir que las mismas, para él, serán aquellas que se desprenden de la “especial posición de los tribunales” y, por tanto, de las características que definen el proceso jurisdiccional: “lo que hace que un juez sea un juez, y un tribunal sea un tribunal, no es su no creatividad y, por tanto, su pasividad en el plano sustancial, sino más bien su pasividad procesal, es decir, la conexión de su actividad decisional con los casos y controversias, y especialmente con las “partes” que aparecen en tales casos concretos, lo que a su vez exige una actitud de imparcialidad, así como un grado suficiente de independencia”¹⁶⁸. Como dice en otro momento apoyándose en Fuller: “lo que caracteriza a una sentencia no es tanto su pronunciamiento material o de fondo, sino la dimensión institucional que enmarca la adopción de dicho pronunciamiento; en especial, el hecho de que el órgano decisor haya de oír a las partes, contrastar las pruebas y argumentos que éstas presenten, razonar el fallo, etc., (...): las fuentes materiales que sirven de sustento a la ley y a la sentencia no constituyen el elemento central de distinción entre legislador y tribunales, sino que es sobre todo la dimensión formal, el *modus operandi*, lo que singulariza a cada uno de los órganos de producción jurídica”¹⁶⁹. De esta forma, es posible afirmar que, para Prieto Sanchís, será lo que él llama la “pasividad procesal”, es decir, el hecho de que los jueces funcionen “a pedido de parte” y a los únicos efectos de resolver una controversia pero en atención a las alegaciones del demandante y del demandado, lo que autoriza o legitima aquellos supuestos en los que éstos se ven obligados a actuar con discreción fuerte.

Guarnieri y Pederzoli también han trabajado este criterio de legitimidad y, a diferencia de todos los autores precedentes, ellos sí han señalado claramente cuáles son los aspectos procesales elementales que deben presentarse en todo proceso judicial, a los efectos de considerar el resultado del mismo como legítimo. Efectivamente, estos autores dirán que, en las actuales democracias constitucionales, el juez se ve obligado a ser cada vez más un “legislador” (por la vaguedad y amplitud de los textos constitucionales que supuestamente debe aplicar) pero que, a diferencia del real legislador (el Parlamento), desarrolla su tarea dentro de los siguientes vínculos

¹⁶⁶ Prieto Sanchís, Luis. *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*. Op. Cit., pp. 255-256.

¹⁶⁷ Ibid., pp. 243-244.

¹⁶⁸ Ibid., pp. 227-228.

¹⁶⁹ Ibid., pp. 228-229.

procesales que son los que caracterizan su función: “En primer lugar, su intervención ha de ser solicitada siempre por un sujeto externo: (...); es el principio de “pasividad”. (...). Está, además, obligado a escuchar las pretensiones de ambas partes antes de formular la sentencia; es el principio de contradicción. Por último, debe necesariamente motivar los elementos de hecho y de derecho que justifican su decisión, y debe hacerlo de modo que no deje traslucir opiniones personales, para que así la sentencia pueda parecer imparcial (...)”¹⁷⁰. Es decir, en la lógica de Guarnieri y Pederzoli, serán estas exigencias procesales (la pasividad, la contradicción y la motivación) las que, al caracterizar la función jurisdiccional, legitimarán la labor de los jueces y tribunales. Ello sería así porque, en su opinión, “el objetivo de estos principios es el de favorecer una solución eficaz del litigio, tratando de obviar el déficit de consenso siempre latente en el procedimiento judicial, reforzando sobre todo la imparcialidad –y su imagen– del juez, y vinculando sus decisiones a un sistema de normas jurídicas o, en ciertos casos, a precedentes jurisprudenciales”¹⁷¹.

De esta forma, estas exigencias que definen la forma en que debe ser desarrollado el proceso judicial, para Guarnieri y Pederzoli, vienen a ser “un instrumento para racionalizar el ejercicio del poder” por parte del juez y, sobre todo, “contribuyen también a repartir poder, o sea, a distribuir los recursos que permiten controlar la marcha del proceso entre los sujetos que participan en él”¹⁷². En esta lógica, será el estricto sometimiento a la ley procesal (en especial a las exigencias de pasividad, contradicción y motivación), más que a la material, el que asegure que el fallo del juez (constitucional u ordinario) no devenga en arbitrario. Y es que, ¿cómo podría rechazarse un fallo que ha cumplido con las exigencias derivadas del proceso, es decir, que se ha limitado a resolver lo solicitado por las partes y, sobre todo, según lo alegado por las mismas? Como se verá en el punto 5, en mi opinión, es la observancia de los criterios de pasividad (o de “no autoconvocatoria”), de contradicción y de motivación (más el de congruencia), la que nos puede dar una base meridianamente rigurosa para evaluar la legitimidad de la actuación del Poder Judicial. Este es un punto que queda, por el momento, pendiente.

4. Criterios de legitimidad de la labor judicial (II): aspectos de la práctica judicial que permitirían presentarla como “democrática”.

En el punto precedente, se han presentado los criterios de legitimidad de la labor judicial que, en sus diversas variantes, giran en torno a la exigencia de sujeción a la ley (ya sea material, ya sea procesal) o, lo que es lo mismo, a la voluntad del legislador democrático (constitucional u ordinario) que ésta supuestamente manifiesta. Ahora bien, en tanto resulta sumamente cuestionable evaluar la legitimidad de la actuación de los jueces y tribunales sólo en términos de sujeción a la ley preexistente

¹⁷⁰ Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia. Op. Cit., p. 22.

¹⁷¹ Ibid., p. 129.

¹⁷² Ibid., p. 104.

(como se verá en el punto 5), algunos autores han señalado que la legitimidad de la actividad dirigida a resolver controversias (la judicial), en el marco del Estado constitucional de Derecho, se puede evaluar en virtud de una serie de aspectos de la misma que, al margen de la “estricta sujeción a la ley”, también permiten presentarla como “democrática”. Es decir, son posiciones que entienden que la labor judicial se “democratiza” por factores distintos (o complementarios) a la estricta sujeción a la ley.

Así, en primer lugar, se estudiará un rasgo que, para algunos, resalta la especial idoneidad de la persona del juez para desempeñar la función de juzgar: su imparcialidad o, dicho de otro modo, su “parcialidad” sólo con el Derecho (o con los derechos). Luego, se profundizará en aquella posición que entiende que el proceso judicial es, en sí mismo, un proceso alternativo de participación democrática en los asuntos públicos que, en comparación con los tradicionales (básicamente, la representación parlamentaria), está más al alcance del ciudadano común y, sobre todo, es mucho más eficaz para resolver sus problemas. En tercer lugar, se presentará una posición que apunta, como criterio de legitimidad, a un rasgo personal que, para su defensor, debe tener todo juez o tribunal que haga las veces de “órgano de cierre” del mecanismo judicial: ser “confiables” para la ciudadanía. Finalmente, se estudiará un planteamiento que, reconociendo el carácter de poder jurídicamente ilimitado de los jueces y tribunales (es el único que asume un punto de vista escéptico o realista), sostiene que la presencia de éstos en el seno de las democracias contemporáneas se justifica por la manera en que los mismos intervienen en el proceso de formación de la ley. Todas estas posiciones serán explicadas a continuación y, tal como se hizo con el punto 3, las posibles críticas que se pudieran hacer a las mismas serán dejadas para el punto 5.

4.1 La “imparcialidad” e “independencia” como criterio de legitimidad democrática: la idoneidad del juez para desempeñar las labores encomendadas en el Estado constitucional de Derecho.

La función de garantía que, en el Estado constitucional de Derecho, se asigna a los jueces y tribunales, también encontraría fundamento en el carácter imparcial o independiente de éstos con respecto a los poderes públicos mayoritarios. Dicho en otros términos, los órganos judiciales tendrían legitimidad democrática para hacer lo que hacen (supuestamente asegurar la supremacía de la Constitución), por su especial idoneidad para cumplir con esa misión. Esta posición es defendida, como se verá a continuación, por autores como Ferrajoli, Zagrebelsky y Peña.

Efectivamente, como se vio en el punto 3.1.3, Ferrajoli sostiene que en el papel de garantes de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos (con las serias limitaciones señaladas en dicho acápite), está el principal fundamento de la legitimidad democrática de la jurisdicción. Pues bien, esta legitimidad se fortalece, dirá

este autor, si es que se toma en cuenta que la tutela de los derechos fundamentales, precisamente, exige estar en manos de un órgano ajeno a las vicisitudes mayoritarias como el poder judicial. Ello sería así porque, al tener los derechos fundamentales carácter universal, “su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquéllos se ejercen”¹⁷³. Como dijo en otro momento, “precisamente porque los derechos fundamentales, (...), son derechos “contra la mayoría”, también el poder judicial instituido para su tutela debe ser un poder virtualmente “contra la mayoría”. No se puede condenar o absolver a un ciudadano porque tal decisión responda a los intereses o a la voluntad de la mayoría”¹⁷⁴. Vale decir, el carácter “contra-mayoritario” de los derechos fundamentales, en cuya plena vigencia residiría el carácter democrático de los actuales Estados de Derecho, en la lógica de Ferrajoli, exigiría que su tutela recaiga en un órgano también contra-mayoritario como el Poder Judicial.

Pero no sólo por eso, Ferrajoli también apunta que la naturaleza cognoscitiva de la labor de búsqueda de la verdad sobre los hechos, inherente a la función de resolver controversias, exige que ésta recaiga en un órgano independiente respecto a cualquier poder representativo de la mayoría: “precisamente porque la legitimidad del juicio reside en las garantías de la imparcial determinación de la verdad, no puede depender del consenso de la mayoría, que, desde luego, no hace verdad lo que es falso ni falso lo que es verdadero. Por eso, el carácter electivo de los magistrados o la dependencia de ministerio público del ejecutivo están en contradicción con la fuente de legitimación de la jurisdicción”¹⁷⁵. Exactamente lo mismo dirá en relación con la función de control de la legalidad de la actuación de los poderes públicos: “el juez, al tener atribuido el control de legalidad sobre los actos inválidos y los actos ilícitos que pudieran ser cometidos también por los titulares de los poderes públicos, no puede tener respecto a ellos ninguna relación de dependencia”¹⁷⁶. De esta forma, pues, los jueces y tribunales tendrían legitimidad democrática, no sólo por sujetar su actuación a lo dispuesto por la ley válida, sino también por ser los órganos más idóneos: (i) para cumplir con la función de resolver controversias, y (ii) para controlar que los poderes mayoritarios cumplan, en el ejercicio de sus funciones, con respetar la llamada por Ferrajoli “esfera de lo no disponible” (con las limitaciones, repito, señaladas en el punto 3.1.3) marcada por la tutela de los derechos fundamentales y por la observancia obligatoria del principio de legalidad.

Un planteamiento cercano al de Ferrajoli, en este aspecto, es el de Zagrebelsky. Como se dijo en el punto 2.2.2, de acuerdo con este autor, los derechos fundamentales, al no tener fundamento o justificación democrática (existen y son válidos por su especial

¹⁷³ Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Op. Cit., pp. 26-27.

¹⁷⁴ Ferrajoli, Luigi. “Jurisdicción y democracia”. Op. Cit., p. 214.

¹⁷⁵ Ibid., p. 214.

¹⁷⁶ Ibid., p. 215.

condición y no porque la mayoría así lo quiere), no podrían estar sujetos tampoco, en su configuración específica, a las vicisitudes mayoritarias y, por tanto, el Parlamento ya no tendría un rol preponderante a la hora de determinar su contenido. Evidentemente, esto supone que, en el modelo de Estado constitucional “a secas”, esta tarea se traslada legítimamente al órgano encargado de velar por el respeto de los derechos humanos, es decir, al Poder Judicial o, dependiendo del sistema que se esté tratando, al Tribunal Constitucional¹⁷⁷. Pues bien, lo interesante del planteamiento de Zagrebelsky es que defiende este traslado de poder al Poder Judicial. La razón que invoca para justificar y legitimar ello es, precisamente, el carácter imparcial de los jueces y tribunales. Como explica Asís, para Zagrebelsky “existen una serie de contenidos éticos que identifican lo que puede ser denominado como Derecho desde las constituciones. Pues bien, independientemente de su determinación o indeterminación, las decisiones de cualquier tipo que se apoyen en ellos deben ser desinteresadas, es decir, imparciales. Siendo así que el parlamento no puede ser considerado imparcial o desinteresado y que cuenta con móviles de tipo político, hecho este que no ocurre con el poder judicial, es este último el que cuenta con la legitimidad para pronunciarse sobre tales asuntos”¹⁷⁸.

Finalmente, en este punto también se puede ubicar a Peña. Efectivamente, para este autor, los jueces y tribunales cuentan con legitimidad democrática pero en el contexto de las llamadas “democracias constitucionales”, es decir, aquellas que incorporan en sus constituciones a los derechos fundamentales como límites a las decisiones “qué” y “qué no” pueden adoptarse por mayoría o, lo que es lo mismo, en aquellas que estatuyen a los derechos fundamentales como un mecanismo en defensa de las minorías. Es decir, acepta que la presencia de Poder Judicial es incompatible con la noción de democracia en su sentido tradicional, es decir, entendida como el ilimitado gobierno del pueblo a través de sus representantes electos y por medio de la regla de la mayoría. Vale decir, para Peña, los jueces y tribunales sólo tienen legitimidad democrática si es que se entiende la democracia como “el gobierno de las mayorías respetando a las minorías”, sentido que es garantizado por los derechos fundamentales y que es el que está implícito en la lógica del Estado constitucional de Derecho¹⁷⁹.

De esta forma, en primer lugar, argumentará que el poder judicial cuenta con “legitimidad democrática” porque constituye un mecanismo de defensa de las minorías (o de los derechos) y, por consiguiente, del mantenimiento de la democracia misma. En palabras de Peña: “(...), la tutela judicial efectiva de las pretensiones que se dirigen a la jurisdicción puede ser entendida como un mecanismo para la defensa de los individuos, de las minorías y de sus derechos frente a la acción política mayoritaria”¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Cfr. Asís Roig, Rafael de. *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*. Op. Cit., pp. 92-93.

¹⁷⁸ Ibid., p. 95.

¹⁷⁹ Cfr. Peña Freire, Antonio Manuel. Op. Cit., pp. 240-241.

¹⁸⁰ Ibid., p. 241.

Y ello tiene que ser así porque, dirá Peña, los jueces y tribunales, a diferencia de los otros poderes del Estado, constituyen un poder que es ajeno a las vicisitudes mayoritarias: “para evitar que una mayoría afecte a los derechos intangibles de los individuos o disminuya las posibilidades de alternancia o la revisabilidad de sus decisiones y opciones políticas se hace preciso asegurar el respeto a las reglas que disciplinan y limitan el propio juego democrático mediante la instauración por parte de la constitución de un poder que esté situado al margen del poder político mayoritario al que se pretende controlar”¹⁸¹. Queda claro, entonces, que en la lógica de este autor, los jueces y tribunales cuentan con legitimidad democrática porque supuestamente son “independientes” y lo serían porque, a diferencia de los demás poderes, ellos tienen por interés únicamente la tutela del Derecho.

Efectivamente, este autor, al igual que Ferrajoli, considera que los jueces y tribunales cumplen una función de garantía en el marco del Estado constitucional de Derecho¹⁸². Es decir, según este autor, la tarea de los jueces es asegurar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. Esta especial finalidad sería la que los caracterizaría frente a los demás poderes. Estos diferirían, pues, en el “interés tutelado”: “(...), la actividad legislativa se puede entender orientada a los intereses de la mayoría, la administrativa a las directrices vinculantes de los órganos legislativos o de los superiores jerárquicos, y, en el caso de la actividad negocial, es manifiesto el interés de las partes: (...). Frente a estos rasgos específicos de cada poder respecto del interés tutelado, la actividad jurisdiccional puede caracterizarse por estar únicamente vinculada al interés del derecho, que no es otro que la garantía, esto es, la tutela de los derechos e intereses lesionados. Es, por lo tanto, a partir de este principio que entendemos posible la caracterización de la función jurisdiccional como la que ejerce la garantía de cierre del sistema mediante la corrección de los márgenes de desviación e ilegitimidad jurídicas en que otros poderes o los propios individuos hubieran podido incurrir”¹⁸³. Como se puede apreciar, para este autor, la actividad jurisdiccional, la que hacen los jueces, se caracteriza por dos notas: (i) está vinculada únicamente por el interés del Derecho “garantista”, es decir, la tutela de los derechos fundamentales; y (ii), precisamente por ello, es—o tiene que ser— el órgano de cierre del sistema encargado de corregir las desviaciones “no garantistas” de los otros poderes del Estado o privados (que no actúan en función del interés del Derecho garantista). En la lógica “garantista”, de acuerdo con Peña, sólo puede ser el juez el encargado del control, en última instancia, de la constitucionalidad de la actuación de los demás poderes públicos. Su especial interés tutelado así lo exigiría.

4.2 El proceso judicial como mecanismo de participación democrática.

¹⁸¹ Peña Freire, Antonio Manuel. Op. Cit., p. 241.

¹⁸² Cfr. Ibid., p. 227.

¹⁸³ Ibid., p. 229.

Varios autores, a los efectos de rechazar el supuesto carácter antidemocrático del Poder Judicial, han apuntado la posibilidad de presentar al proceso judicial, en sí mismo, como un mecanismo alternativo de participación democrática en los asuntos públicos. La idea de este enfoque es que en una democracia constitucional, donde el poder está dividido, las minorías políticas —y, en general, los individuos—, a los efectos de satisfacer sus intereses individuales o de grupo, no sólo tienen expedito el camino tradicional de la representación parlamentaria, sino que también pueden optar por la vía del proceso judicial. De esta forma, para esta perspectiva, el proceso político de toma de decisiones no sólo se circunscribiría a la representación, participación y votación parlamentaria (signada por la regla de la mayoría) sino que, además, abarcaría la postulación, debate y resolución de una demanda en sede judicial.

Un autor que ha trabajado esta idea es Peña quien, además de lo señalado en el punto precedente, defenderá el carácter democrático de la función judicial —y, por ende, la legitimidad democrática de los jueces y tribunales— alegando que la misma constituye el mecanismo de participación en los asuntos públicos más adecuado para aquellos sujetos que tradicionalmente se encuentran excluidos de los canales ordinarios de participación democrática (por ejemplo, las minorías que carecen de representación parlamentaria o que, a pesar de tenerla, no cuentan con el poder suficiente como para que sus intereses sean realmente tomados en cuenta). Efectivamente, para este autor, “la función jurisdiccional puede llegar a configurarse como un instrumento para la expresión política de derechos e intereses olvidados por el legislador en sus valoraciones políticas y, de este modo, en una forma de participación en asuntos públicos. La jurisdicción, (...), puede operar como un canal de contacto con las instituciones de minorías excluidas del circuito político y como un instrumento de refuerzo del nivel de participación y de representatividad del conjunto del sistema democrático”¹⁸⁴. Es decir, según este autor, el juez no sólo tiene legitimidad democrática por ser el órgano más idóneo para defender al núcleo de la democracia misma (los derechos fundamentales), sino también porque el proceso judicial en sí mismo constituiría una modalidad de participación política de los individuos. Sería, pues, un espacio a través del cual aquellos que se encuentran excluidos del sistema de representación político-mayoritario, podrían hacer efectivas sus demandas y exigencias al sistema político en general. En esta lógica, la jurisdicción sería un mecanismo de reforzamiento de la democracia.

Esta idea de presentar al proceso judicial como un mecanismo más de participación democrática, también ha sido resaltada por Prieto Sanchís. En efecto, además de apostar como criterio de legitimidad por el sometimiento del juez a las exigencias procesales básicas, este autor destacará que “(...), incluso resulta posible concebir el propio proceso judicial como una forma de participación ciudadana en la producción

¹⁸⁴ Peña Freire, Antonio Manuel. Op. Cit., pp. 241-242.

del Derecho”¹⁸⁵. Y ello por dos razones. Primero porque, en la lógica Kelseniana, los derechos subjetivos implican la facultad en manos de los individuos de poner en marcha el proceso judicial entendido como un proceso (“político”) orientado a la creación de una norma jurídica individual o, eventualmente, de una norma jurídica general; y, segundo, y más importante, porque, siguiendo a Shapiro, dirá que la justicia ofrece posibilidades para facilitar protección y participación a los grupos más o menos marginados del proceso político ordinario¹⁸⁶. Así, pues, para Prieto Sanchís, “(...) no cabe duda que, si bien el proceso ofrece fórmulas de participación muy tasadas y rigoristas, por su peculiar estructura puede servir también para que valores e intereses no protegidos por el legislador puedan penetrar en el sistema jurídico, propiciando con ello la integración social”¹⁸⁷. Es decir, al igual que Peña, Prieto Sanchís también resalta lo útil que puede ser el proceso judicial para las minorías políticas (ya sean parlamentarias, ya sean extraparlamentarias) quienes, a través de éste, pueden conseguir que se hagan efectivos aquellos valores e intereses rechazados por la regla de la mayoría (la lógica del Parlamento). Y ello, para este autor, convertiría al proceso judicial en un mecanismo de integración social ya que, se sobreentiende, permitiría a las minorías políticas salir de la marginación o exclusión social.

De esta situación también han dado cuenta Guarnieri y Pederzoli. Estos autores, a diferencia de los precedentes, dirán que más allá de que pueda verse o no al proceso judicial como un mecanismo de participación política, lo cierto es que en las sociedades democráticas contemporáneas, de hecho, ya viene siendo utilizado de esa forma por los diferentes agentes sociales que, a través del mismo, pretenden alcanzar los objetivos políticos que no pudieron hacer efectivos en el ámbito parlamentario (ya sea porque no pudieron acceder al mismo, ya sea porque habiendo accedido no consiguieron los apoyos necesarios)¹⁸⁸. Es decir, para Guarnieri y Pederzoli, no sólo es que pueda presentarse al proceso judicial como un mecanismo más de participación democrática, sino que de hecho ya lo es. En sus propias palabras: “La “sed de derechos” individuales y colectivos, alimentada no sólo por el constitucionalismo liberal, sino también por el Estado social, se dirige con mayor frecuencia a los tribunales para intentar hacer valer pretensiones que no han obtenido respuesta en otras sedes. El recurso al juez puede constituir un instrumento de participación en el proceso político, y tiende en efecto a serlo. Suponiendo que tengan la intención de asumir tal tarea, los tribunales se prestan a ser utilizados como auténticos canales de articulación de las demandas políticas, junto a los canales

¹⁸⁵ Prieto Sanchís, Luis. *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*. Op. Cit., p. 245.

¹⁸⁶ Cfr. *Ibidem*.

¹⁸⁷ Cfr. *Ibidem*.

¹⁸⁸ Ellos plantean este fenómeno de la siguiente forma: “se asiste así a la tendencia a transferir al terreno judicial demandas, que no han sido oídas en otras sedes o que han obtenido respuestas negativas, encaminadas a hacer valer derechos o incluso a afirmar nuevas exigencias, cuyo alcance va más allá del interés personal del actor individual que promueve la acción” (Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia. Op. Cit., p. 88).

institucionales clásicos y, en no pocos casos, en competencia con ellos (...)”¹⁸⁹. La jurisdicción, no cabe duda ya, es de hecho un mecanismo de participación política.

Por supuesto, este uso en clave “participativa” del proceso judicial, en las democracias contemporáneas, se ve potenciado porque, como señalan Guarnieri y Pederzoli, a esos efectos, “los tribunales ofrecen ventajas nada desdeñables a sus potenciales usuarios: en principio son más abiertos que las otras instituciones políticas, desde el momento en que los individuos no tienen necesidad de controlar recursos estratégicos para tener acceso a ellos; además, al no poder “denegar justicia” están obligados en cualquier caso a dar una respuesta a las demandas que reciben; y, por último, los tribunales están muy articulados en el territorio y por eso son más accesibles, porque el poder judicial es un poder que está mucho más difundido que los otros”¹⁹⁰. Es decir, incluso podría afirmarse que el proceso judicial es mucho más “democrático” que el proceso parlamentario en tanto que es más asequible para los individuos que el segundo. Además, en mi opinión, a esta lista habría que agregar una gran ventaja del proceso judicial frente al proceso legislativo: para obtener un resultado favorable en el primero no hay que negociar nada y tan sólo es necesario convencer al juez –y, eventualmente, a un tribunal–, mientras que en el proceso parlamentario es necesario negociar políticamente y conseguir el apoyo de la mayoría (en algunos casos, incluso de una “calificada”). Consecuentemente, en esta lógica, no sólo es que sea más democrático, sino que, para el individuo y las minorías, el proceso judicial resulta ser mucho más eficaz. Así, pues, no resulta difícil entender que tanto para las minorías parlamentarias como para las extra-parlamentarias, y en general para los individuos, el recurso al juez aparezca “como uno de los posibles canales de articulación de las demandas políticas”¹⁹¹ o, lo que es lo mismo, “como un importante instrumento de participación en el proceso político (...), que se presta a legitimar, al menos en cierta medida, el papel en sí mismo político que asume la justicia”¹⁹².

Ahora bien, es evidente que esta forma de entender y presentar al proceso judicial, no es independiente de una manera particular de entender a la democracia. En la lógica de Peña, por ejemplo, sí tiene sentido presentar el recurso al juez como un proceso democrático en sí mismo porque, como se ha visto, él entiende a la democracia no como el ilimitado gobierno de la mayoría sino según la lógica “garantista”; es decir, como aquel régimen político que incorpora en su constitución a los derechos fundamentales como límites a las decisiones “qué” y “qué no” pueden adoptarse por mayoría o, lo que es lo mismo, como aquel régimen que estatuye a los derechos fundamentales como un mecanismo en defensa de las minorías (que, como se dijo, es la concepción defendida por Ferrajoli). Así, pues, en este marco, es posible entender que la función jurisdiccional –que, en este planteamiento, está dirigida a poner en

¹⁸⁹ Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia. Op. Cit., p. 24.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 91.

¹⁹² *Ibid.*, p. 85.

marcha los derechos fundamentales—, sea en sí misma un proceso democrático: a través de ella, los grupos minoritarios o excluidos del sistema parlamentario o gubernamental, le recuerdan a los grupos mayoritarios cuáles son sus obligaciones democráticas en el marco del Estado constitucional de Derecho. Es decir, de acuerdo con esta posición, el proceso judicial posibilitaría que las minorías políticas (parlamentarias o extraparlamentarias) participen en el asunto público más importante: la toma de decisiones relativas a cómo poner en marcha los derechos fundamentales. En esta lógica, el proceso judicial sería democrático porque, a través de él, el núcleo de la llamada democracia constitucional se haría efectivo, aun contra la voluntad de las mayorías políticas circunstanciales.

Esta relación también ha sido puesta de manifiesto por Guarnieri y Pederzoli que, profundizando en este aspecto, entienden que la utilización del poder judicial como un canal de participación democrática depende a su vez de la concepción sobre la democracia que esté detrás. Efectivamente, a estos efectos, los autores diferencian dos modelos de democracia: el mayoritario y el consensual o proporcional. De esta forma, dirán que “en el primero se tiende a concentrar el poder en manos de la mayoría, mientras en el segundo el poder está dividido, limitado y participado, aunque con modalidades diferentes en cada caso. Por ello, en las democracias mayoritarias, donde el poder ejecutivo, por definición fuerte y eficaz, es más capaz de responder a las demandas de los ciudadanos, la justicia desempeñará un papel limitado. Así pues, en las democracias proporcionales corresponde a la magistratura, al menos potencialmente, un papel más importante”¹⁹³. Está claro, entonces, que en una concepción mayoritaria de la democracia (como la que está detrás de la concepción tradicional) no hay lugar para configurar al proceso judicial como un proceso de participación democrática. Ahí el poder político está concentrado en el Parlamento o en el Ejecutivo y, por tanto, la acción política va dirigida —tiene que ir— a éstos. Algo diferente a lo que sucede en el esquema consensual o proporcional (el de la democracia constitucional) que, al dividir y limitar el poder, como dicen los autores, admite “la judicialización de la política, es decir, el crecimiento del poder judicial” y, por tanto, “permite disponer de métodos de toma de decisiones distintos de los mayoritarios, los que suelen implicar al parlamento y al gobierno”¹⁹⁴.

4.3 La “confiabilidad” en el juez como criterio de legitimidad democrática.

Este planteamiento es el del profesor Ernesto Garzón Valdés. Efectivamente, de acuerdo con este autor, la legitimidad de los jueces y tribunales, en tanto se constituyen en el órgano de cierre del sistema, proviene en última instancia de su “confiabilidad”. Así, pues, para él, si los órganos judiciales son confiables, en especial aquellos que tienen el poder de decir “la última palabra”, sus decisiones generarán

¹⁹³ Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia. Op. Cit., p. 140.

¹⁹⁴ Ibid., p. 140.

adhesión interna por parte de la ciudadanía y, por tanto, serán legítimos ante los ojos de ésta. Y, por supuesto, sucederá todo lo contrario si, por alguna u otra razón, pierden la confianza de la población. La clave, entonces, para entender esta posición está en profundizar en el sentido del término “confiabilidad”.

El punto de partida del razonamiento de Garzón Valdés está en sostener que, en las sociedades democráticas, los jueces y tribunales garantizan la estabilidad del sistema político y, como tal, cumplen una función de “inspector de calidad”. En efecto, de acuerdo con este autor, la función principal de los jueces, en todo sistema político, es asegurar que los que detentan el poder político guíen su comportamiento según las normas básicas del sistema; garantizando, de esta forma, la estabilidad del mismo¹⁹⁵. Pues bien, Garzón Valdés afirmará que esta labor, en los regímenes democráticos, exigirá por parte del juez “una firme adhesión interna a las normas básicas del sistema, es decir, que sea partidario incondicional de las mismas”¹⁹⁶ y, como tal, que tenga autonomía o independencia frente al poder político o, lo que es lo mismo, que la adhesión a las normas básicas del sistema democrático (la constitución) no esté condicionada por factores prudenciales, tales como la negociación y el compromiso, los mismos que son propios del ámbito de la política¹⁹⁷. Y si ello es así, para este autor, estarán claramente diferenciados los ámbitos político y judicial, ya que quedará en manos del primero la expresión de la voluntad popular (según los criterios prudenciales señalados) y en el segundo la tarea de “poner límites a los posibles extravíos inconstitucionales de los representantes de esa voluntad”¹⁹⁸. De esta forma, pues, dada la función que cumple asegurando la estabilidad del sistema democrático, en el planteamiento de Garzón Valdés, “el juez es, en este caso, una especie de “inspector de calidad”, es decir, es el encargado de evaluar y controlar la conducta gubernamental y legislativa de acuerdo con las pautas constitucionales”¹⁹⁹.

Ahora bien, este papel de “inspector de calidad” plantea el siguiente problema: el Legislativo y el Ejecutivo son responsables frente al Judicial pero ¿éste frente a quién es responsable? Vale decir, ¿quién garantiza la calidad del trabajo del inspector de calidad? Es en este punto donde Garzón Valdés introduce el concepto “confiabilidad” a los efectos justificar y legitimar la labor que desempeñan los tribunales supremos (y, en general, todo órgano judicial que cumpla la función de órgano de cierre), en tanto “inspectores de calidad” que tienen el poder de decir “la última palabra”. Efectivamente, éste parte de reconocer que los jueces de las Cortes Supremas o de los Tribunales Constitucionales se encuentran liberados de dar cuenta de sus decisiones y, como tal, no son democráticamente responsables. No obstante, para él ese dato no es relevante ya que “lo importante es que sean confiables en el sentido de

¹⁹⁵ Cfr. Garzón Valdés, Ernesto. “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”. Op. Cit., p. 129.

¹⁹⁶ Ibid., p. 129.

¹⁹⁷ Cfr. Ibid., p. 130.

¹⁹⁸ Cfr. Ibid., p. 131.

¹⁹⁹ Ibid., p. 131.

que adoptan buenas decisiones desde el punto de vista democrático-constitucional. La confiabilidad en la corrección de las decisiones depende de la confianza por parte de la ciudadanía (electores y gobernantes) en que los jueces prestan su adhesión incondicionada a la Constitución democrática, que es la que proporciona el “respaldo justificante” de la decisión judicial. La última palabra judicial no pende en el aire sino que se apoya en los principios y reglas básicas del sistema político. Esta confiabilidad es puesta a prueba en cada decisión del tribunal supremo (o constitucional) y sólo se da si existe, por lo general, coincidencia entre la interpretación constitucional del tribunal y la interpretación que sustenta la *communis opinio*, al menos de los afectados por esa interpretación”²⁰⁰.

Como se puede apreciar, para Garzón Valdés la justificación –y la legitimidad– de la labor de los tribunales supremos dependerá de su “confiabilidad”, es decir, de que generen confianza en la ciudadanía de que profesan una adhesión incondicionada (o no condicionada por factores prudenciales) a la Constitución democrática y, como tal, que sus fallos son correctos desde el punto de vista constitucional. Es decir, el criterio de legitimidad no consiste en comprobar “objetivamente” la llamada “sujeción a la ley democrática” (algo que, creo, es sumamente difícil) sino, y nótese la sutil diferencia, en la “subjetiva” creencia generalizada (es decir, la confianza) de que los fallos reproducen fielmente la voluntad democrática expresada en el texto constitucional (aun cuando, de hecho, no lo hagan). Si esto último ocurriera, se deduce del planteamiento de este autor, las decisiones de los tribunales supremos, sea el sentido que sea de las mismas, generarán adhesión en la ciudadanía y, como tal, contarán con legitimidad a los ojos de ésta. Lo interesante de este planteamiento es que Garzón Valdés propone un criterio para evaluar el grado de confiabilidad de los órganos de cierre del sistema judicial: la correspondencia entre la interpretación constitucional y la “*communis opinio*”. Así, pues, dirá que “esta confiabilidad puede verse severamente afectada por (...) una reiterada o permanente divergencia entre los fallos del tribunal constitucional o de las cortes supremas y la *communis opinio*, que puede conducir a la pérdida de confiabilidad por parte de la ciudadanía”²⁰¹. El problema, entonces, está en determinar qué se entiende o, mejor aún, cómo se genera la mencionada “*communis opinio*”. Desafortunadamente, éste es un asunto que no es desarrollado por Garzón Valdés.

No obstante, y esto es conveniente resaltarlo, esto no quiere decir que, para Garzón Valdés, no exista un “parámetro” para determinar la legitimidad de la labor judicial e, incluso, de la *communis opinio*. Y es que, para él, como se dijo en el punto 1, la legitimidad viene a ser un concepto prescriptivo que se evalúa según la conformidad o no con la “moral esclarecida” o, lo que es lo mismo, con ciertas “verdades morales universales” (como se recordará, para él, la adhesión interna tan sólo da

²⁰⁰ Garzón Valdés, Ernesto. “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”. Op. Cit., p. 132.

²⁰¹ Ibid., p. 132.

“legitimación”). Por esta razón, en su planteamiento, la función de los jueces supremos no es ilimitada sino que, por el contrario, la circunscribe a controlar la intangibilidad de lo que él llama el “coto vedado” a la discusión y negociación legislativa y/o gubernamental²⁰²; es decir, a los principios y reglas que, al tener carácter moral, escapan al poder de decisión de los ciudadanos y, por tanto, que le confieren, según Garzón Valdés, “carácter moral al orden republicano o, si se quiere, democrático liberal, y le garantizan su función moralizante”²⁰³. Ello es así porque, en sus propias palabras: “Este “coto vedado” es el que fija, por exclusión, el ámbito de la decisión política. El ciudadano de un Estado democrático es un *homo suffragans restrictus*: sólo le está permitido negociar y decidir por mayoría aquellas cuestiones que no caen dentro del ámbito del “coto vedado”. Este se refiere a aquellos intereses y deseos primarios de las personas que no pueden ser afectados si no se quiere caer en (...) el “dominio de la mayoría”, es decir, el poder totalitario del mayor número: (...). El ámbito de la política es el de los intereses y deseos secundarios de los ciudadanos. Así como al *homo suffragans* le está prohibido el ingreso en el “coto vedado”, así también a los tribunales constitucionales les está prohibido ingresar en el ámbito de la negociación y decisiones políticas”²⁰⁴.

En tal sentido, si se toma en cuenta lo señalado en el párrafo precedente y se junta con lo dicho en el que le antecede, se tiene que llegar a la conclusión que, para Garzón Valdés: (i) la confiabilidad –y, por ende, la legitimidad– de los jueces y tribunales, al final, dependerá de qué tanto se ciñan a su función de inspector de calidad del “coto vedado”; pero (ii), si la confiabilidad a su vez depende de la correlación entre interpretación constitucional y “*communis opinio*”, entonces resulta que la identificación del coto vedado, al final, dependerá de lo que sobre el mismo la *communis opinio* disponga. Es decir, no se sabe en qué consiste la *communis opinio* pero, al menos, se sabe que, sea como fuere que se forme, será la encargada de delimitar los contornos claramente difusos entre “intereses y deseos primarios” e “intereses y deseos secundarios” y, por tanto, de identificar “aquellos derechos derivados del principio de igualdad básica y de la superación y/o compensación de las desigualdades accidentales” (que es como Garzón Valdés describió al coto vedado en otro trabajo)²⁰⁵. Consecuentemente, la confiabilidad en los jueces por parte de la ciudadanía, en la lógica de Garzón Valdés, al final, dependerá de la conformidad de los fallos judiciales con la interpretación que la *communis opinio* haga de las normas jurídicas que, de acuerdo con ella misma, forman parte del coto vedado. La clave,

²⁰² Garzón Valdés, Ernesto. “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”. Op. Cit., p. 133.

²⁰³ Garzón Valdés, Ernesto. “Algunas consideraciones acerca del deber de obediencia al Derecho según Elías Díaz (A propósito de Un itinerario intelectual. De filosofía jurídica y política)”. En: *Revisión de Elías Díaz, sus libros y sus críticos*. Liborio Hierro, Francisco Laporta y Alfonso Ruiz Miguel (editores). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 424.

²⁰⁴ Garzón Valdés, Ernesto. “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”. Op. Cit., p. 133. Sobre las verdades morales universales que le dan legitimidad al sistema y su relación con el “coto vedado” véase: (i) Garzón Valdés, Ernesto. “Acerca del concepto de legitimidad”. Op. Cit., pp. 364-365; y (ii) Garzón Valdés, Ernesto. *Derecho, Ética y Política*. Op. Cit., pp. 466-470.

²⁰⁵ Garzón Valdés, Ernesto. *Derecho, Ética y Política*. Op. Cit., p. 469.

entonces, sigue estando en cómo hacer para identificar la “communis opinio”, asunto sobre el que, como se dijo, Garzón Valdés no dice nada.

4.4 La forma en que interviene el Poder Judicial en la formación de la ley.

Como se dijo al finalizar el punto 2.3, Troper sostiene (en posición que comparto) que el sentido de la democracia compatible con la presencia de Poder Judicial es uno donde forzosamente se sobreentiende que los jueces y tribunales contribuyen a la expresión de la voluntad general. Pues bien, para este autor, ese papel que cumpliría el Poder Judicial en la formación de la ley estaría justificado –y, por ende, legitimado– por la forma como el mismo ejerce esa contribución.

Efectivamente, Troper señala que para justificar esta modalidad de formación de la voluntad general se puede sostener que “la ley tendrá más calidad (...) si es examinada por varias autoridades y que, (...), se debe presumir que la ley enunciada por varias autoridades es la expresión de la voluntad general”²⁰⁶. Este autor explica que hay dos tipos de razones que se invocan para sostener que la ley tendrá más calidad si es examinada por varias autoridades. De un lado, están las que se basan en la forma de designación de cada órgano parcial y que, según Troper, consisten en sostener que si dos o más órganos distintos, que han sido designados también de forma distinta, tienen que dar su consentimiento para la formación de la ley según criterios de oportunidad (es decir, si la ley es idónea para alcanzar un determinado fin), lo más probable es que valoren de forma diferente la oportunidad de la ley propuesta y, como tal, que ésta será mejor porque será el resultado de un compromiso²⁰⁷. De otro, están las que se basan en las formas de participación de cada órgano parcial, las mismas que, a diferencia de las primeras, sostienen que si el poder legislativo es ejercido por dos o más órganos parciales, que se pronuncian al término de dos procedimientos distintos, lo más previsible es que las diferencias de procedimiento lleven a los órganos a realizar compromisos pero a partir de posiciones diferentes²⁰⁸.

Pues bien, ¿y cuál de los dos tipos de razones es el que apoya la presencia de un juez constitucional? De acuerdo con Troper, la segunda: “La institución de un juez constitucional se relaciona precisamente con ese tipo de sistema: el participa en la producción de la ley y desarrolla un acto de voluntad pero, contrariamente a una asamblea parlamentaria o a un órgano dotado de un derecho de veto, no se pronuncia según criterios de oportunidad. No puede apreciar si los fines son deseables o los medios adecuados a los fines. Si no puede hacerlo, no es porque el texto constitucional le prescriba que se pronuncie “conforme a Derecho”, sino porque la situación en la que el juez se encuentra y el procedimiento que sigue le imponen una

²⁰⁶ Troper, Michel. *Por una teoría jurídica del Estado*. Op. Cit., p. 322.

²⁰⁷ Cfr. Ibid., pp. 322-323.

²⁰⁸ Cfr. Ibid., p. 323.

serie de exigencias que le impiden pronunciarse según criterios de oportunidad²⁰⁹. Es decir, aun cuando los jueces constitucionales participan en la formación de la ley de forma discrecional (y entendiendo el término discreción en su sentido fuerte), dicha contribución se justifica porque, por el procedimiento que ellos siguen, a diferencia del Parlamento, estarían imposibilitados de pronunciarse según criterios de oportunidad.

¿Y por qué no pueden, en el planteamiento de Troper, razonar según criterios de oportunidad? Es aquí en donde aparecerían, lo que él llama, “las exigencias relativas a la expresión de la voluntad general”. Efectivamente, los jueces constitucionales no pueden pronunciarse de acuerdo con criterios de oportunidad porque, de acuerdo con Troper, estas exigencias les impedirían: (i) utilizar su poder discrecional de cualquier forma, y (ii) limitarse a razonar si la ley propuesta es oportuna o no²¹⁰. Y es que, para este autor, “el juez está encerrado en un entramado de exigencias, a la vez externas e internas. Se entiende por “exigencias” el conjunto de datos jurídicos que el juez debe tener en cuenta. Por supuesto, sólo se trata de factores propiamente jurídicos, es decir relativos a la organización constitucional general, excluyendo así factores extra-jurídicos como el peso de la opinión pública, las relaciones de los jueces con los partidos políticos o su ideología profesional”²¹¹.

Las llamadas por él “exigencias externas”, que serían las más visibles, están constituidas por las posibles reacciones (negativas o positivas) de las otras autoridades involucradas en la expresión de la voluntad popular²¹². Así, por ejemplo, un fallo extremadamente audaz o temerario puede ocasionar que, en el Parlamento, se adopten medidas destinadas a destituir a los jueces constitucionales responsables del mismo. Lo mismo pasaría con los jueces ordinarios que, en caso llegaran a adoptar resoluciones extremadamente creativas, podrían verse sometidos a procesos de destitución o de sanción. En cambio, dirá Troper, las “exigencias internas” vienen impuestas por la necesidad, no obligación, que tienen los jueces y tribunales de presentar sus decisiones como justificadas²¹³. En palabras de este autor, “el juez pretende dar a su decisión la mayor eficacia posible, es decir, quiere lograr que produzca efectos no sólo in concreto, gracias a la anulación de una ley, sino también in abstracto. La función de la motivación consiste no sólo en justificar la decisión adoptada in concreto, demostrando que deriva lógicamente de un texto o de un principio, sino también –y sobre todo– en afirmar la objetividad de ese principio o del significado de ese texto. La norma así establecida podrá entonces imponerse a las demás autoridades constitucionales. (...). La motivación es, por tanto, un procedimiento para tratar de encerrar a los demás órganos en una lógica a la que no puedan escapar. (...). Esta construcción compleja, que no es sino la jurisprudencia, no

²⁰⁹ Troper, Michel. *Por una teoría jurídica del Estado*. Op. Cit., pp. 323-324.

²¹⁰ Cfr. Ibid., p. 324.

²¹¹ Ibid., p. 324.

²¹² Cfr. Ibid., p. 325.

²¹³ Cfr. Ibid., p. 325.

se explica, como se dice a veces, por el mero afán o por una obligación de coherencia sino únicamente por necesidad. El juez se ve empujado a ser coherente porque es el único medio del que dispone para tratar de vincular a los demás”²¹⁴.

De esta forma, pues, en el planteamiento de Troper, aun cuando los jueces cuentan con un poder discrecional jurídicamente ilimitado (en la medida que cualquier pronunciamiento, diga lo que diga, siempre será válido si es que ya no se puede impugnar), de hecho, las exigencias antes señaladas, de alguna manera, modulan las posibles derivas arbitrarias y, como tal, le imponen la necesidad de presentar su decisión como jurídicamente motivada o, lo que es lo mismo, como la conclusión lógica de un razonamiento basado en textos normativos. Es así como, entonces, se justifica la participación del juez en el proceso de formación de la voluntad general: éste lo hace como parte de un procedimiento en el cual tendrá que evaluar razones que posiblemente no fueron tomadas en cuenta por el Parlamento. Por tanto, la legitimidad del poder de los jueces y tribunales para hacer lo que hacen proviene de asumir que, por el procedimiento que siguen para adoptar sus decisiones, ayudan a construir, de la mejor manera posible, la voluntad general.

5. La legitimidad del “Poder Judicial”: las exigencias procesales básicas y el elemento “carismático” de legitimidad.

A lo largo de los puntos 3 y 4 de este capítulo, se han presentado una serie de planteamientos que, en el marco del Estado constitucional de Derecho, han abordado el problema de establecer uno o más criterios de legitimidad de la labor judicial que, a estos efectos, pretenden justificar a la misma presentándola como “democrática”. Efectivamente, de un lado, están aquellos que, con sus respectivas diferencias, apuestan por la estricta sujeción a la ley democrática (o al Derecho) como criterio de legitimidad de la función jurisdiccional (punto 3) y, de otro, los que resaltan ciertos aspectos de la práctica judicial que, a su criterio, permitirían presentarla y justificarla en términos democráticos (punto 4). Pues bien, tal como se anunció en su momento, en este punto final, se van a plantear algunas dudas y comentarios acerca de los criterios estudiados en los dos puntos precedentes y, por supuesto, se va a tomar posición en torno a la difícil cuestión de la legitimidad de la actuación del “Poder Judicial”. Así, en función de lo señalado en el primer capítulo y de lo dicho en los puntos 1 y 2 de éste, a continuación se van a someter a revisión, primero, los criterios de legitimidad basados en la exigencia de “estricta sujeción a la ley (o al Derecho)”, y, después, aquellos que se sustentan en ciertos aspectos de la práctica judicial. Al final, se espera demostrar que, en la lógica del Estado constitucional de Derecho, a los más, se puede apostar como criterios de legitimidad del Poder Judicial: (i) por el cumplimiento de ciertas exigencias procesales “básicas” que, a estos efectos, fijarán un piso mínimo por debajo del cual todo fallo judicial deviene en ilegítimo, y (ii) por

²¹⁴ Troper, Michel. *Por una teoría jurídica del Estado*. Op. Cit., pp. 325-326.

ciertos elementos “carismáticos” (o de “confiabilidad”) que, una vez cumplido con dicho piso mínimo, generan “confianza” en las partes del proceso (y, en general, en la ciudadanía) de que no devendrá en arbitraria la solución final que disponga el juez.

Antes de empezar, es conveniente recordar algunas cuestiones señaladas en esta segunda parte que, en mi opinión, tienen conexión con el asunto que se va a abordar a continuación. Como se dijo en el punto 1, la “legitimidad”, en el marco de las relaciones de poder, es la razón que explica por qué alguien, en su fuero interno, siente que tiene el deber de obedecer los mandatos de otro (lo hace porque, ante sus ojos, el que manda es un poder “legítimo”). Es decir, en el ámbito de la relación autoridad-sumiso, la legitimidad implica “obediencia”. Por su parte, los llamados criterios de legitimidad vienen a ser las razones que sustentan la creencia en la legitimidad de la autoridad correspondiente y, por tanto, son los que fundamentan, en última instancia, para el sumiso el deber ético de obedecer (o desobedecer) sus órdenes o mandatos. En tal sentido, al fijar uno o más criterios de legitimidad de la labor de los jueces y tribunales, cualquiera que éstos sean, se debe ser sumamente consciente de que los mismos no sólo servirán para saber cuándo es éticamente obedecible un mandato judicial (como se recordará, la obligación jurídica no está nunca en cuestión) sino, sobre todo, para determinar cuándo hay razones para considerar al mismo “desobedecible”. Por tanto, los criterios que finalmente se adopten tendrán que ser lo suficientemente rígidos o rigurosos como para permitir a los individuos distinguir con seguridad una actuación judicial legítima de una ilegítima. Dicho en otros términos, no pueden ser ambiguos o, siquiera, opinables (al menos, no en un sentido superlativo). En mi opinión, la obediencia –y, por ende, la eficacia práctica– de la labor judicial así lo exige.

Pero no sólo eso. Como se dijo en el punto 2, los tres modelos de Estado de Derecho mayoritariamente considerados como los realmente democráticos (el exigente, el garantista y el constitucional), tienen en común el prescribir ciertos objetivos de “obligatorio” cumplimiento a la organización estatal y, sobre todo, el asignar a los jueces y tribunales el papel de “guardianes”, en última instancia, de los mencionados fines u objetivos. Es decir, son modelos que le otorgan a un cuerpo no representativo que siempre actúa sólo con discreción fuerte, el poder de decir la última palabra sobre los asuntos más importantes de la vida en sociedad y, por tanto, que permiten que los jueces y tribunales, de hecho, se constituyan en un real Poder Judicial. Si presuponen el modelo de juez “guardián”, ese juez “boca muda” de la Constitución y que es autónomo del legislador pero no del constituyente, lo cierto es que, de facto, posibilitan la presencia de un juez “político”, un juez que es ejecutor tan sólo de su propia voluntad y que es completamente autónomo del poder político constituido y constituyente. Es por esta razón que, al finalizar ese punto, se ha sostenido que el concepto de democracia presupuesto en el modelo de Estado constitucional de Derecho, no puede ser el de la llamada democracia constitucional (presupone el

modelo irreal de juez guardián), sino uno donde la expresión de la voluntad popular es fruto de un proceso en el que participan tanto órganos representativos como órganos de carácter aristocrático-autocrático: los jueces y tribunales. Y si ello es así: (i) urge someter a revisión los criterios de legitimidad estudiados en los puntos 3 y 4 que, preocupados por hacer efectiva la democracia constitucional, terminan proponiendo cómo hacer “democrática” la actuación del irreal modelo de juez “guardián” (motivo por el cual son inviables); y (ii), sobre todo, tomar en cuenta que la actuación de los jueces, al ser éstos un cuerpo aristocrático-autocrático, difícilmente puede tener una lectura en términos democráticos (salvo que se sostenga que el sistema de gobierno descrito en el punto 2.3.2 es el realmente democrático).

5.1 Revisión de los criterios de legitimidad basados en la exigencia de “estricta sujeción a la ley (o al Derecho)”.

Quiero empezar resaltando la fortaleza y plausibilidad de las posiciones que apuestan por la estricta sujeción a la ley como criterio de legitimidad de la labor judicial. Efectivamente, como se deduce fácilmente, este criterio tiene claros vínculos con la idea de “imperio de la Ley democráticamente producida” (o del Derecho democráticamente producido) que, como se vio, es central en la lógica del modelo de Estado constitucional de Derecho (en especial en la variante exigente). En tal sentido, es evidente que los autores que proponen la estricta sujeción a la ley como criterio de legitimidad de la labor judicial, en el fondo, están preocupados por asegurar la efectividad del “imperio de la Ley democráticamente producida” y, por tanto, de dotar a la función jurisdiccional del sólido fundamento ético que está detrás del deber de obedecer a la Ley así producida: la autonomía de los sujetos. Y es que, como explica Hierro, el sistema democrático, desde el punto de vista ético, es el único que permite “dotar de un fundamento sólido a la pretensión moral de obediencia a la ley (y, en caso contrario, para justificar moralmente su desobediencia). Para ello es necesario que ésta sea expresión de la propia autonomía de los sujetos a los que se aplica y, por ello, legitimada por su aprobación, requisito que sólo puede satisfacerse concibiendo a la ley como expresión mediata o inmediata de la voluntad general”²¹⁵.

Consecuentemente, al apuntar que los jueces y tribunales adquieren legitimidad si se sujetan de forma estricta a lo dispuesto por la Ley democrática, en verdad, lo que se está queriendo decir es que adquieren legitimidad porque, al resolver las controversias o conflictos según este criterio, únicamente estarían garantizando el “imperio de la Ley democrática” y, por tanto, limitándose a asegurar la propia autonomía de los sujetos que, habría que entenderlo así, sería la fuente de la cual proviene la solución jurídica que la sentencia tan sólo estaría reproduciendo. Es por eso que, en relación con los jueces y tribunales, el mismo Hierro dirá: “siendo su única función la de aplicar imparcialmente las leyes, los titulares del poder judicial (...) carecen de legitimación

²¹⁵ Hierro, Liborio. *Estado de Derecho: problemas actuales*. Op. Cit., p. 20.

específica alguna, de tal modo que su única legitimación es el contagio legislativo” y, lógicamente, “Bajo un sistema democrático, el poder judicial (...) tampoco aporta legitimación específica alguna, pero se contagia de la legitimidad democrática de la ley”²¹⁶. Vale decir, según este criterio, el juez adquiere legitimidad democrática, no porque él en sí mismo sea un órgano democrático, sino porque tan sólo se limita a aplicar una norma jurídica que fue democráticamente producida. No cabe duda, entonces, que la estricta sujeción a la ley como criterio de legitimidad de la labor judicial, en el marco del sistema democrático, presenta en su apoyo un sólido fundamento ético: el respeto a la autonomía de los sujetos en tanto supuestos creadores de la norma jurídica aplicada por el juez. Es, pues, un criterio que, de ser viable, le otorgaría a la labor judicial una justificación democrática.

El problema con este criterio, y ésta es una crítica general a todas las posiciones que han sido ubicadas en este rubro, es que: (i) presupone que es posible hacer efectivo el modelo de juez guardián, y (ii) no especifica claramente qué es o, mejor aún, cómo hacer viable la estricta sujeción a la ley (o al Derecho). En efecto, defender este criterio, en el plano de la legitimidad, implica sostener que los enunciados jurídicos siempre contienen, al menos, algún significado “democrático” y, por tanto, que el juez si quiere legitimar su actuación debe plegarse voluntariamente al mismo (es, pues, un “guardián”). Si ello es así, entonces es un criterio que, a su vez, está sosteniendo que sí es posible identificar ese significado que, lógicamente, será fiel reflejo de la voluntad democrática del pueblo o, al menos, de sus representantes democráticamente elegidos. Es decir, no sólo es que los defensores de dicho criterio de legitimidad sostengan que los significados de los enunciados jurídicos (las normas jurídicas) preexisten a la labor interpretativa de los jueces (lo cual conecta a dicha posición con la tesis cognitiva de la interpretación judicial), sino que además tendrán que demostrar que, en el marco de un Estado constitucional de Derecho, es posible “descubrir” aquél que, al margen de la opinión subjetiva del juez, puede ser calificado objetiva e indubitadamente como el realmente democrático. La cuestión está, precisamente, en que no existe aquel método de interpretación que sea infalible –o lo suficientemente riguroso– a los efectos de “descubrir” ese significado que objetivamente refleje la voluntad democrática del pueblo o, siquiera, de sus representantes elegidos... por lo menos, ninguno de los propuestos por los autores trabajados en los puntos 3.1 y 3.2 cumple con esa condición básica de rigurosidad (la posición estudiada en el punto 3.3, por ser con la que comulgo, será desarrollada en el acápite 5.3).

5.1.1 Crítica a la estricta sujeción a la ley (o al Derecho) en cualquier tipo de proceso.

²¹⁶ Hierro, Liborio. *Estado de Derecho: problemas actuales*. Op. Cit., p. 54.

Empecemos por el planteamiento de Díez-Picazo. Como se dijo²¹⁷, para este autor los jueces-funcionarios se legitiman sometándose al imperio de la ley interpretada observando “rigurosos” criterios de interpretación. Pues bien, si ello es así, dos cosas llaman la atención. La primera es que, al parecer, esta exigencia sólo es aplicable a los jueces ordinarios que, en su planteamiento, serían los que él llama “jueces-funcionarios”. Es decir, no queda claro si el sometimiento al imperio de la ley y la observancia de criterios de interpretación rigurosos, son también criterios de legitimidad democrática aplicables a la actuación del Tribunal Constitucional (éste, a diferencia de los jueces-funcionarios, en la lógica de Díez-Picazo, sí tendría legitimidad democrática por su origen). Lo más coherente sería entender que sí se les aplican estas exigencias aunque, obviamente, entendiendo “Ley” como “Constitución”. Y es que, si no fuera así, el temor al “reino de la arbitrariedad” y al “falseamiento de la democracia basada en la legalidad”, sólo estaría conjurado frente a la discrecionalidad de los jueces-ordinarios pero no frente a la actuación del Tribunal Constitucional que, por lo demás, tiene en sus manos el poder de decir “la última palabra” en lo que se refiere a la interpretación de la norma más importante de todas: la Constitución.

La segunda es cómo entiende este autor que se asegura el sometimiento al imperio de la ley. Para este autor, el juez obtiene legitimidad democrática sometándose al imperio de la ley y, en su planteamiento, esto sucede si es que éste utiliza en el ejercicio de sus funciones criterios de interpretación “rigurosos”. No obstante, Díez-Picazo no se decanta por algún método de interpretación en especial (el literal, la razón de ser, el sociológico, etc.) y tan sólo se limita a señalar que, en los Estados democráticos, el poder discrecional de los jueces (su libertad interpretativa) está limitado por el deber de argumentar y por el hecho de que las normas jurídicas solamente admiten un número limitado de interpretaciones racionales. En tal sentido, al parecer, la rigurosidad en la interpretación –y, por ende, el fiel sometimiento al imperio de la ley–, en el planteamiento de Díez-Picazo, estaría asegurada por el cumplimiento por parte del juez de su deber dar una motivación racional o, lo que es lo mismo, dentro de los márgenes interpretativos admitidos por la norma jurídica correspondiente. Y si ello es así, este autor está presuponiendo que, dentro del Estado constitucional de Derecho, existen criterios sustanciales lo suficientemente “rigurosos” como para saber cuándo se está frente a una interpretación racional y cuándo no o, lo que es lo mismo, para saber de antemano cuáles son las interpretaciones racionales de la norma y que, por lo mismo, serían las únicas democráticamente admisibles.

El problema está en que, en los propios Estados democráticos que señala Díez-Picazo, no existen normas que cumplan con esa condición. Y es que, cualquiera que tenga esa pretensión, al final, también será interpretable por el propio juez. Dicho en otros términos, no se sabe de antemano cuáles son las interpretaciones racionales de la norma y que, por lo mismo, son democráticamente admisibles. Es tan cierto esto

²¹⁷ Cfr. Punto 3.1.1 de este capítulo.

que, en esos Estados, incluso se acepta como Derecho válido (o lícito) tanto la sentencia puramente inmotivada como la sentencia irracionalmente motivada. Que se pueda interponer un amparo contra esto, como señala Díez-Picazo, no cambia en nada la ecuación porque, al final, será otro juez el que tendrá que decidir si la sentencia es inmotivada o está mal motivada. Por tanto, si se quiere insistir en el sometimiento al imperio de la ley como criterio de legitimidad, es necesario optar por un criterio que otorgue mayor seguridad (no debe olvidarse que la obediencia a los jueces está en juego).

Veamos, entonces, el planteamiento de Elías Díaz. Como se dijo²¹⁸, de una lectura conjunta de la importante obra de este autor, habría que entender que, para él, el juez adquiere legitimidad en el ejercicio de sus funciones aplicando la ley mayoritaria, interpretada según el método sociológico, pero teniendo siempre en cuenta la intangibilidad de los derechos de las minorías y, en última instancia, la por él llamada conciencia ética individual. Ello es así porque, para Elías Díaz, las libertades individuales básicas de conciencia, de expresión y de participación constituyen ese límite que no puede ser vulnerado por las decisiones democráticas mayoritarias y, mucho menos, por las decisiones de los jueces y tribunales. En ese sentido, en su concepción, los derechos fundamentales señalados vienen a ser el límite mínimo a los sentidos que los jueces pueden atribuir a los textos normativos según el método de interpretación sociológico. Dicho en otros términos, las libertades individuales básicas de conciencia, de expresión y de participación vienen a ser, en la lógica de Elías Díaz, el núcleo del Derecho que los jueces están llamados a aplicar (eso sí, según las reglas del método de interpretación sociológica). Pues bien, si ello es así, entonces habría que preguntarse ¿qué sucede con los demás derechos fundamentales?, ¿también están sujetos a las reglas del método de interpretación sociológico?

No cabe duda de que este método puede ser útil para dar cobertura, a través del régimen de derechos fundamentales, a nuevos supuestos –o demandas– especialmente protegibles que originalmente no estaban previstos. Vale decir, por medio de él, el juez puede contribuir a actualizar el Derecho en función de los nuevos supuestos de hecho –o necesidades sociales– que, en una sociedad en continua evolución, se van produciendo. Pero, ¿qué sucede con aquellos momentos históricos de involución social en materia de defensa de los derechos humanos? Es decir, ¿qué pasa con aquellos contextos histórico-sociológicos donde, por los motivos que fuere, se van generando fuertes demandas de regresión en esta materia? En esos supuestos, que desafortunadamente no son de laboratorio²¹⁹, no parece ser lo más

²¹⁸ Cfr. Punto 3.1.2 de este capítulo.

²¹⁹ El 13 de diciembre de 2009, el diario El Comercio del Perú publicó, en su edición en línea, el siguiente titular: "Preocupante: el 47% está de acuerdo con la existencia de escuadrones de la muerte", dando cuenta, de esta forma, de los resultados de la encuesta realizada a nivel nacional sobre la denuncia efectuada por los medios de comunicación sobre la existencia de un grupo paramilitar dedicado a asesinar extrajudicialmente a delincuentes en la ciudad de Trujillo ubicada al norte del Perú (En: <http://elcomercio.pe/noticia/381051/preocupante-47-esta-acuerdo-existencia-escuadrones-muerte>).

acertado interpretar los enunciados normativos a la luz del contexto histórico-social en el que serán aplicados. Y es que más allá del límite mínimo fijado por las libertades individuales básicas de conciencia, de expresión y de participación en los asuntos públicos, existen una serie de derechos (como la garantías judiciales o los económicos, sociales y culturales) que, en los supuestos de involución social señalados, al ser interpretados según la lógica del método sociológico, quedarían expuestos a interpretaciones judiciales no sólo restrictivas sino, incluso, abiertamente regresivas.

Por lo demás, en crítica común al criterio propuesto por Díez-Picazo, también habría que preguntarse por la seguridad que la propuesta de Elías Díaz puede proveer a los efectos de legitimar o deslegitimar la labor de los jueces. Y es que no siempre es sencillo identificar, primero, cuáles son los cambios que efectivamente se han venido produciendo (o, incluso, si se ha llegado a producir un cambio) en el seno de las sociedades contemporáneas que, para mayor complejidad, no son homogéneas; y, segundo, cuáles son las condiciones necesarias (materiales o no) para asegurar la intangibilidad de los derechos de las minorías y, en última instancia, de la por él llamada conciencia ética individual (no debe perderse de vista que los enunciados jurídicos que establecen a las libertades básicas de conciencia, de expresión y de participación también están sujetos a interpretación). Por lo tanto, es evidente que este criterio aún le deja un amplio margen de discreción a los jueces y tribunales. Claramente, la propuesta de Elías Díaz para identificar la ley a la cual el juez debe someterse, también presenta problemas de ambigüedad o de incertidumbre.

Vayamos, ahora, al planteamiento de Ferrajoli. Como se dijo²²⁰, para este autor, la legitimidad democrática del juez se deriva de su sometimiento a la legalidad “válida”; es decir, a aquella que está de acuerdo con los derechos fundamentales y con el principio de legalidad de los poderes públicos, en tanto límites y vínculos sustanciales impuestos a la mayoría por las Constituciones democráticas. Pues bien, varias cosas se pueden decir con respecto a esta posición. Lo primero es que, en su modelo, claramente la “legitimidad” está asociada a la “validez” (la primera se mide en función del grado de conformidad con los criterios sustanciales de validez que, en el Estado constitucional de Derecho, consagran la “esfera de lo no disponible”). Así, para este autor, será legítima toda actuación que sea válida y será válida toda actuación que sea legítima. Si ello es así, y esto es lo segundo, resulta especialmente dudoso que pueda ser calificada de ilegítima una actuación del órgano judicial encargado de determinar, precisamente, el sentido de los criterios sustanciales de validez, salvo, claro está, y esto es lo tercero, que se considere, como todo parece indicar en el caso de Ferrajoli, que es posible encontrar algún sentido objetivo mínimo (o independiente de la voluntad del juzgador) que nos sirva como criterio de referencia para evaluar la validez –y, por ende, la legitimidad– de la actuación del órgano judicial. ¿Existe, pues, ese

²²⁰ Cfr. Punto 3.1.3 de este capítulo.

sentido objetivo mínimo? Para Ferrajoli hay dos razones que lo llevan a pensar que sí: (i) los criterios sustanciales de validez, según él, a pesar de que tienen un cierto grado de indeterminación, sí llegan a establecer límites o condiciones necesarias de validez que condicionan a todos los poderes públicos incluyendo al judicial; y (ii), sobre todo, en su concepción, la actividad judicial aparece como “tendencialmente cognoscitiva”. ¿Son ciertas estas dos razones?

La única manera de afirmar la existencia de un sentido mínimo vinculante a la vez que se acepta, como hace Ferrajoli, que los jueces y tribunales tienen cierto poder discrecional, es sosteniendo, con Hart, que en cada norma jurídica así como existe una zona de penumbra existe también una zona de certeza²²¹ y, sobre todo, que existe el mecanismo para declarar la “invalidéz” de un fallo que vaya en contra de la mencionada zona de certeza. Ya de por sí es dudoso que exista esa zona de certeza pero, lo que sí queda claro, es que no existe el procedimiento de anulación correspondiente. Entonces, nuevamente ¿cómo pueden constituir un límite real? Podría decirse que nos estamos moviendo en el ámbito de la legitimidad y no en el de la validez pero Ferrajoli mezcla los dos planos y, por tanto, en él, la validez implica legitimidad y viceversa. Entonces, ¿cómo podrían invocarse los mismos para deslegitimar una actuación judicial si, precisamente, el sentido de éstos queda en manos del órgano cuya actuación se pretende deslegitimar? No cabe duda, entonces, que el criterio de Ferrajoli tampoco cumple con la exigencia general de rigurosidad. Pero eso no es todo, que los jueces tengan la necesidad de presentar su actividad como un acto del conocimiento, no significa que la misma sea “tendencialmente cognoscitiva”.

Efectivamente, es lógico suponer que los órganos judiciales tienen la necesidad de justificar sus decisiones sobre la base de textos normativos, a los efectos de convencer a los destinatarios de sus mandatos de la corrección de los mismos (como se verá luego, ésta es la posición de Troper), pero de ello no se puede concluir que su actividad está dirigida a descubrir el sentido que ocultan las normas jurídicas. La interpretación judicial, como se demostró en la primera parte de esta investigación, es un acto puro de la voluntad por la sencilla razón de que: (i) el juez es libre al momento de asignar un sentido u otro a un texto normativo (no existe un criterio normativo preexistente que vincule esta decisión) y (ii), en caso de tener el poder de decir la última palabra, no existe el mecanismo respectivo para declarar la “invalidéz” de un fallo que se cree vulnera el sentido mínimamente determinado de los criterios sustanciales de validez. Es más, si fuera cierto que los criterios sustanciales de validez limitan las posibles opciones interpretativas (algo que recuerda a la tesis de la determinación mínima defendida por Cuenca), también habría que reconocer que el juez es libre de elegir, en sentido fuerte, entre cualquiera de ellas y, como tal, que el acto de interpretación sigue siendo una actividad de asignación –y no de

²²¹ Cfr. Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Op. Cit., pp. 157-162.

descubrimiento— de un determinado sentido (aunque, claro, en esta lógica operaría sobre la base un acto del conocimiento). Por lo demás, también hay que reconocer que una sentencia no motivada en textos normativos —o incluso no motivada—, en caso no sea ya impugnabile, será válida y se impondrá con toda la fuerza del sistema jurídico. Es, pues, sumamente cuestionable sostener que la actividad judicial es “tendencialmente cognoscitiva”.

No se puede terminar la crítica a Ferrajoli sin antes cuestionar el papel muy limitado que, de forma inconsecuente, este autor hoy le asigna a los jueces a los efectos de poner en marcha todas las exigencias positivas (hacer) y negativas (no hacer) que se derivan de los derechos contenidos en la esfera de lo no decidible. Como se dijo en el punto 2.3.1, para este autor, el sentido de la democracia implícito en la lógica del Estado constitucional de Derecho, es uno donde la regla de la mayoría, omnímoda en la concepción tradicional de la democracia, sólo vale para lo que él denomina la “esfera de lo decidible” por el poder político; esfera que contendría todas aquellas materias que estarían más allá de los derechos fundamentales que, de acuerdo con él, vienen a ser la “esfera de lo no decidible” para cualquier poder público o privado. Es por ello que, como siempre se ha entendido, para Ferrajoli, los jueces y tribunales, en el marco del Estado constitucional de Derecho, cumplen una función de garantía: asegurar, en estricta sujeción a la ley válida (es decir, a la ley constitucional), tanto la plena vigencia de los derechos fundamentales previstos en la Constitución como el cumplimiento del principio de legalidad en la actuación de los poderes públicos. Pues bien, si esto es así, y se afirma además que los derechos fundamentales no son totalmente indeterminados y que los jueces y tribunales cumplen con respecto a ellos una función tendencialmente cognoscitiva, entonces no se entiende por qué hoy Ferrajoli sostiene que los jueces no tienen legitimidad para reparar antinomias (los ordinarios) y lagunas legislativas (los ordinarios e, incluso, los constitucionales).

Efectivamente, lo más coherente sería afirmar que los órganos jurisdiccionales sí están legitimados para controlar, en cualquier supuesto, el sometimiento de los poderes públicos a la legalidad constitucional, ya sea que ésta les imponga la obligación de abstenerse de hacer algo que viole los derechos (éste sería, para Ferrajoli, el caso de los derechos civiles y políticos), ya sea, por el contrario, que les exija hacer algo que satisfaga a los mismos (éste sería, para Ferrajoli, el caso de los derechos económicos, sociales y culturales). Ello tendría que ser así porque, siguiendo la misma lógica de Ferrajoli, en ambos casos, los jueces y tribunales tan sólo estarían asegurando, en estricto sometimiento a la legalidad constitucional (la ley válida), la intangibilidad de la esfera de lo no decidible por la mayoría; tarea que, por lo demás, estarían llevando a cabo de forma tendencialmente cognoscitiva y con respecto a derechos que, al no ser totalmente indeterminados, sí serían lo suficientemente claros como para establecer las posibles opciones de desarrollo constitucionalmente válidas. Por tanto, si el juez ordena que se ejecute alguna de ellas no habría más que

reconocer que, también en ese supuesto, está cumpliendo sus funciones en “estricta sujeción a la ley válida”. Es decir, ya sea que anulen una ley inválida para asegurar un derecho civil (por ejemplo, una norma que establece la censura previa en el caso de la libertad de expresión), ya sea que ordenen al poder político brindar una prestación exigida por un derecho social (por ejemplo, otorgar las medicinas necesarias para garantizar el derecho a la salud), lo coherente con la lógica de Ferrajoli sería sostener que los jueces, al cumplir con su función de garantes de la plena vigencia de los derechos fundamentales en “estricta sujeción a la ley válida”, sí están legitimados para controlar y reparar cualquier incumplimiento por parte del legislador de la por él llamada “esfera de lo no decidible”. Esta es, en mi opinión, una interpretación consecuente de las ideas que Ferrajoli a lo largo de muchos años ha venido promoviendo. Desafortunadamente, parece ser que hoy este autor ya no se toma tan en serio las prescripciones de la llamada democracia constitucional.

5.1.2 Crítica a la estricta sujeción a la ley “constitucional” en el control de la constitucionalidad de las leyes.

Vayamos, ahora, a revisar las posiciones que trabajan la estricta sujeción a la Constitución en el ámbito del control de constitucionalidad de las leyes. Como se dijo en el punto 3.2 de este capítulo, estos planteamientos tienen en común el sostener que los jueces constitucionales, a los efectos de salvaguardar el sistema democrático, solamente están autorizados a ejercer sus atribuciones en determinados tipos de materias (hasta ahí, pues, llegaría la estricta sujeción a la ley constitucional), aunque diferirán, precisamente, en el tipo de materias que pueden ser objeto de control constitucional. Pues bien, el problema con estos planteamientos es que ninguno de ellos ofrece un criterio que sirva para identificar claramente dichas materias y, por tanto, que sea lo suficientemente riguroso como para diferenciar claramente una intervención constitucional legítima de una ilegítima.

Empecemos por la tesis de Ackerman. Como se dijo²²², este autor entiende que la justicia constitucional solamente puede intervenir a los efectos de asegurar la intangibilidad de las normas jurídicas que fueron aprobadas producto de un especial momento constitucional, es decir, en uno de esos excepcionales procesos de reorganización social muy profundos que implican una enorme movilización de la ciudadanía, amplios procesos de discusión, marchas y contramarchas a partir de la confrontación de ideas opuestas, etc. En tal sentido, para saber si una actuación de la corte constitucional es legítima o no, será necesario afrontar la difícil tarea de evaluar si la decisión normativa que se pretende preservar, más allá de la jerarquía formal que pudiera ostentar (rango constitucional, rango de ley, etc.), por la forma en que fue producida (en realidad, por lo que precede a su producción), satisface o no los requisitos constitutivos de un especial momento constitucional (que, tal y como son

²²² Cfr. Punto 3.2.1 de este capítulo.

definidos por Ackerman, claramente son conjuntivos y no disyuntivos). Así, pues, habrá que determinar si la norma jurídica que se quiere preservar, ha sido fruto de la participación y el apoyo que puede ofrecer una mayoría ciudadana extraordinariamente grande y movilizada. Y, por supuesto, habrá que hacer también lo mismo con la norma que la quiere modificar o derogar. Pues bien, el problema con este planteamiento es que es sumamente casuístico y, sobre todo, no reconoce zonas grises. Y es que, si bien es cierto sí parece posible diferenciar entre los niveles de participación ciudadana que están en los extremos: la nula y la multitudinaria, también lo es que no existe una clara línea divisoria a los efectos de diferenciar los supuestos que están al medio.

¿Qué tan masiva tiene que ser la participación y movilización para ser calificada como “excepcional”? ¿qué tan grande debe ser el apoyo manifestado a la medida finalmente adoptada?, ¿qué pasa con aquellas situaciones en las que la participación es masiva pero en las que, al estar las posiciones claramente divididas, la norma jurídica finalmente aprobada no es fruto de una mayoría aplastante sino de la posición adoptada por una mayoría mínima (al estilo 51%-49%)?, en este último supuesto, ¿se puede decir o no que dicha norma también es fruto de un especial momento constitucional? Al parecer, resulta ser sumamente opinable la presencia o no de un excepcional momento constitucional. Por lo demás, no se debe olvidar que no basta con identificar el mismo sino que, además, será necesario determinar cuál es el sentido de lo que ha sido finalmente aprobado por el pueblo movilizad; es decir, también habrá que interpretar qué cosa fue debatida, negociada y finalmente aprobada en ese extraordinario momento constitucional. Y si ello es así, entonces se ha regresado al problema del método de interpretación más adecuado para “descubrir” cuál es el significado que objetivamente refleja la voluntad democrática del pueblo movilizad. La propuesta de Ackerman, entonces, no cumple con la exigencia básica de rigurosidad. Piénsese en lo siguiente, ¿qué pasa en aquellos casos en los que la medida respectiva ha sido fruto del apoyo manifestado por una alianza de diversos grupos de ciudadanos, que claramente hacen una amplia mayoría movilizad, pero donde cada grupo organizado ha apoyado dicha medida por motivos diferentes o esperando alcanzar diferentes objetivos?, ¿cuál es, en ese caso, la voluntad democrática a ser preservada?

Una crítica similar es la que se puede hacer a la propuesta de Ely. Como se dijo²²³, a diferencia de la tesis de Ackerman, Ely sostiene que los jueces constitucionales sólo están legitimados a realizar el control de constitucionalidad de las leyes a los efectos de asegurar las normas jurídicas constitucionales relativas al proceso de representación y participación democrática de todas las personas (hasta ahí llegaría la estricta sujeción a la ley constitucional) y, como tal, deja en manos de las mayorías legislativas de turno las decisiones sobre qué valores sustantivos son deseables y

²²³ Cfr. Punto 3.2.2 de este capítulo.

sobre cómo y en qué medida deben protegerse los mismos. Pues bien, el problema con esta posición está en saber cuáles son las reglas constitucionales, precisamente, relativas a la participación y representación democrática ya que, así como es posible hacer lecturas restrictivas (Ely se centra en la libertad de expresión, en la libertad de realizar actividades políticas, en el derecho de sufragio y en la representación de las minorías), también lo es que se pueden efectuar interpretaciones extensivas de las condiciones necesarias para asegurar el correcto funcionamiento del mecanismo democrático de toma de decisiones.

Efectivamente, en la filosofía de los derechos humanos, hoy se entiende que éstos presentan un carácter “indivisible e interdependiente” y, por tanto, que todos forman un solo bloque jurídico destinado a salvaguardar la autonomía moral de los sujetos (indivisibles), donde la plena efectividad de cada uno exige el pleno ejercicio de todos (interdependientes)²²⁴. En palabras de Cançado Trindade, ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Cómo hablar de derecho de libre expresión sin el derecho a la educación; cómo concebir el derecho de ir y venir (libertad de circulación) sin derecho a una vivienda; cómo contemplar el derecho de participación en la vida pública sin el derecho a la alimentación; cómo referirse al derecho a la asistencia judicial sin tener presente, al mismo tiempo, el derecho a la salud, y los ejemplos se multiplican”²²⁵. Ello es así porque, tal como Amartya Sen ha puesto de manifiesto, las llamadas por él “libertades instrumentales”, a saber, las “libertades políticas”, los “servicios económicos”, las “oportunidades sociales”, las “garantías sociales” y la “seguridad protectora”, están relacionadas entre sí y, en general, con la libertad que tienen los individuos para vivir como les gustaría²²⁶.

En tal sentido, no cabe duda que los valores constitucionales que cubren la satisfacción de condiciones materiales de subsistencia y desarrollo (los derechos económicos, sociales y culturales), indirectamente, cubren las pretensiones morales vinculadas directamente a los valores adjetivos relativos a la representación y participación democrática (los derechos civiles y políticos) y viceversa. Y es que, por poner un ejemplo, ¿acaso la satisfacción del derecho a la educación no tiene efectos en el mejor ejercicio de la libertad de expresión y del derecho de sufragio? O, poniendo un ejemplo más extremo, ¿acaso la satisfacción de las necesidades materiales más elementales no es indispensable para poder estar vivo y, como tal, dedicar tiempo a las actividades políticas? Si la respuesta a estas preguntas es afirmativa, entonces se tiene que llegar a la conclusión que los jueces constitucionales, a los efectos de asegurar el funcionamiento de la democracia, también tendrían que

²²⁴ Cfr. Cançado Trindade, Antonio. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 93-122.

²²⁵ Ibid., p. 122.

²²⁶ Cfr. Sen, Amartya. *Desarrollo y Libertad*. Buenos Aires: Editorial Planeta, 2000, pp. 57-58. Este autor textualmente dirá: “la eficacia de la libertad como instrumento reside en el hecho de que los diferentes tipos de libertad están interrelacionados, y un tipo de libertad puede contribuir extraordinariamente a aumentar otros” (Ibid., pp. 56-57).

estar legitimados, por ejemplo, para evaluar la constitucionalidad de las leyes relativas a la distribución de la riqueza generada en una sociedad determinada. Así, pues, sin entrar a cuestionar las razones que da este autor para limitar las materias que pueden ser objeto del control constitucional de las leyes, se puede decir que delimitar la jurisdicción constitucional al control de los valores constitucionales “adjetivos” tampoco cumple con la exigencia básica de certeza o seguridad aplicable a los criterios de legitimidad. La posición de Ely, pues, también puede ser tachada de ambigua.

¿Y qué sucede con el planteamiento de Gargarella? Como se dijo, para este autor la justicia constitucional legítimamente no sólo debe centrarse en controlar el cumplimiento de las reglas constitucionales que aseguran la representación, participación y discusión democrática (como aconseja Ely) sino que, además, debe velar porque en ese ámbito no se adopten decisiones intervencionistas en la esfera de la autonomía de la voluntad (es decir, que no se adopten leyes perfeccionistas)²²⁷. Es decir, a diferencia de Ely, amplía el control de constitucionalidad a asegurar que las decisiones públicas no afecten la autonomía de los sujetos para adoptar y seguir los planes de vida de su preferencia. Pues bien, si ello es así, la posición de Gargarella añade un elemento adicional de incertidumbre: así como pueden hacerse interpretaciones extensivas sobre las condiciones necesarias para asegurar la representación, participación y discusión democrática (preocupación que viene desde la propuesta de Ely), también puede hacerse lo mismo en lo que se refiere a las condiciones que se requieren para que los individuos no vean mermada su autonomía para elegir y desarrollar planes de vida.

Efectivamente, al hablar de planes de vida, Gargarella está asumiendo un planteamiento de filosofía moral que gira en torno a la idea de “sujeto moral”, es decir, es una posición que, tal como explica Asís, identifica a los individuos como “seres dotados de libertad de elección y por tanto con capacidad para elaborar planes de vida”²²⁸. Dicho de otro modo, hablar de los individuos como sujetos morales supone entender que, en el plano moral, “(...) poseen fácticamente capacidad para elegir (libertad de elección) y que orientan su existencia hacia la consecución de determinados planes de vida (libertad moral)”²²⁹. En síntesis, desde esta perspectiva, se considera que todas las personas, moralmente, tienen –o deben tener– libertad para elegir y adoptar diversos planes de vida. Y si ello es así, entonces aparece la siguiente pregunta: ¿cuáles son los presupuestos o condiciones para poder ejercer realmente la libertad de elegir y adoptar planes de vida? En un inicio, podría decirse que éstos se limitan a aquellos derechos que, como dice Asís, buscan, de un lado, salvaguardar ese espacio de libertad necesario para que los individuos decidan y ejecuten sus planes de vida, y, de otro, establecer los canales necesarios para la participación democrática de todos tanto en el poder político como en otras parcelas

²²⁷ Cfr. Punto 3.2.3 de este capítulo.

²²⁸ Asís Roig, Rafael de. *Escritos sobre derechos humanos*. Lima: ARA Editores, 2005, p. 29.

²²⁹ *Ibid.*, p. 30.

de la vida social (los civiles y políticos)²³⁰. Piénsese en lo siguiente: si está proscrita la libertad religiosa o la libertad política, ¿qué planes de vida realmente puede elegir y luego efectivamente hacer una persona? Con seguridad, no el ser religioso o militante de un partido político. Del mismo modo, y en un ejemplo extremo, si una persona se ve privada arbitrariamente de la vida o de su integridad física, ¿podrá seguir ejerciendo su autonomía moral? En el primero supuesto, definitivamente no (ya está muerta) y, en el segundo, sus opciones se verán reducidas en función del daño físico que hubiera recibido, llegando incluso a desaparecer si es que, por ejemplo, fruto de torturas la persona entra en estado de coma. Consecuentemente, no cabe la menor duda que los derechos civiles y políticos protegen la libertad de elegir y desarrollar planes de vida.

Pero, también se podría entender que la libertad de elegir y desarrollar planes de vida presupone, además, la libertad de poder llevarlos a cabo. Es decir, no sólo la libertad de decidir qué hacer (voluntad) sino, también, la libertad de hacer efectivamente lo decidido (acción). Es por ello que Asís, acertadamente, resalta que la libertad de elección y ejecución de un plan de vida determinado “lleva aparejada una serie de condicionantes sin los cuales no es posible su desarrollo y que constituyen requisitos previos de toda discusión moral. La posibilidad de elegir exige el reconocimiento de la realidad de la persona y por tanto la posibilidad de su existencia, lo que implica la satisfacción real de ciertas necesidades básicas”²³¹. Es por ello que el mismo Asís llamará “libertad real” a los intentos, sobre todo desde el Derecho, de “(...) facilitar instrumentos necesarios y esenciales con los que poder disfrutar de otros tipos de libertades, y por lo tanto para poder hacer o escoger lo que se quiere o para determinar qué es lo que se va a poder hacer o escoger”²³²; y, sobre todo, resaltarán que a esta noción de libertad “(...) pertenecen los derechos económicos, sociales y culturales, destacando un grupo, (...), compuesto por aquellos derechos que pueden ser reconocidos por la idea de la integridad física y moral: alimento, sustento, salud, autonomía moral, etc.”²³³. Piénsese en lo siguiente: si una persona no puede asegurar su propia subsistencia porque no cuenta con la alimentación o asistencia médica adecuada, ¿qué planes de vida realmente puede elegir (voluntad) y luego efectivamente hacer (acción)? En mi opinión, simplemente ninguno. Parece claro, entonces, que la libertad para elegir y desarrollar planes de vida requiere, primero, la satisfacción de las necesidades materiales indispensables para el mantenimiento de la vida humana.

¿Y qué sucede con los demás derechos sociales que persiguen asegurar también condiciones materiales ya no de subsistencia sino de bienestar, tales como la educación, el acceso a la cultura en general, una remuneración equitativa y suficiente, el descanso vacacional, etc.? Peces-Barba identifica estos derechos con las que él

²³⁰ Cfr. Asís Roig, Rafael de. *Escritos sobre derechos humanos*. Op. Cit., pp. 35-36.

²³¹ Ibid., p. 31.

²³² Ibid., p. 36.

²³³ Ibid., p. 36.

denomina “necesidades de mejora” y, con respecto a las mismas, dirá lo siguiente: “(...), si (...) no están satisfechas, se dificulta o se impide la optimización de las posibilidades de desarrollo, de crecimiento y de progreso, físico, económico, cultural y social, que se encuentran en la condición humana. Son aquellas necesidades cuya superación permite incrementar el nivel de decisión, la capacidad de discernimiento y de elección, y acrecientan las posibilidades de desarrollo moral de las personas”²³⁴. Es decir, la satisfacción de estas necesidades materiales permite que la persona tenga más opciones o, lo que es lo mismo, amplía el abanico de posibles planes de vida a ser elegidos. Piénsese en lo siguiente: si el hijo de un obrero, más allá de tener asegurada la subsistencia, no puede costearse la educación universitaria, ¿qué planes de vida realmente puede elegir (voluntad) y luego efectivamente hacer (acción)? En mi opinión, únicamente aquellos que no requieren de un título universitario. Consecuentemente, podría decirse que la libertad de elegir y ejecutar planes de vida también requiere de la satisfacción de lo que Peces-Barba denomina como “necesidades de mejora”.

En suma, la propuesta de Gargarella de limitar la labor de la corte constitucional a la tarea de evaluar si las decisiones mayoritarias son o no intervencionistas y, en caso de serlo, garantizar que se mantenga indemne ese espacio donde el único soberano debe ser uno mismo, en función de la perspectiva que se adopte, podría terminar justificando también una intervención destinada controlar la constitucionalidad de decisiones públicas relativas, por ejemplo, a la distribución de la riqueza generada en una sociedad determinada. En tal sentido, sin entrar a cuestionar las razones que da este autor para limitar las materias que pueden ser objeto del control constitucional de las leyes, se puede decir que delimitar la jurisdicción constitucional al control de los valores constitucionales “adjetivos” y a la protección de la libertad de elegir y desarrollar planes de vida, tampoco cumple con la exigencia básica de certeza aplicable a los criterios de legitimidad. No es, pues, una posición que otorgue seguridad a los efectos de evaluar si se le debe o no obediencia a una sentencia determinada.

5.2 Revisión de los criterios de legitimidad basados en los aspectos de la práctica judicial.

Por lo dicho en el punto precedente, todo parece indicar que las posiciones que confían en el respeto escrupuloso de la legalidad (básicamente material) como criterio de “legitimidad de ejercicio” –y, finalmente, como criterio de “legitimidad democrática”– de la labor judicial, al final, no llegan a cubrir la exigencia básica de rigurosidad que se desprende de entender a la legitimidad como la causa que justifica la obediencia o, en sentido inverso, la desobediencia (no existe un método lo suficientemente rígido que, al margen de la subjetividad del juez, nos permita señalar cuál es el significado

²³⁴ Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales*. Op. Cit., pp. 223-224.

democráticamente admisible de un texto normativo). Pues bien, corresponde ahora evaluar aquellos planteamientos que, en el marco del Estado constitucional de Derecho, entienden que la labor judicial se “democratiza” por factores distintos (o complementarios) a la estricta sujeción a la ley.

Empezaré por la imparcialidad e independencia del juez. Antes de hacer la crítica correspondiente, es necesario, primero, hacer la siguiente precisión: en sentido estricto, no son lo mismo las exigencias de imparcialidad e independencia de la función judicial. Como señala Barranco, si bien es cierto “la imparcialidad y la independencia en el Estado de Derecho responden a una misma finalidad: el sometimiento a las razones que brinda el Derecho”, también lo es que “la independencia protege al juez de presiones externas, mientras la imparcialidad tiene que ver con las presiones internas”; es decir, “la independencia se orienta a dejar fuera las razones ajenas al Derecho que proceden de otras instancias, mientras la imparcialidad busca dejar fuera las razones ajenas al proceso que encuentran su origen en el propio juez”²³⁵. De esta forma, mientras que la independencia implica, entre otras cosas, que el juez tiene –o debe tener– carácter anti-mayoritario o ajeno a las vicisitudes de los poderes políticos de turno a los efectos de que lo que ahí se dice o hace no influya en su fallo, la imparcialidad supone que las razones que sustentan la sentencia son –o deben ser– distintas de los intereses de las partes y de los prejuicios del propio juez²³⁶. En ese sentido, tanto la independencia como la imparcialidad tienen, en verdad, carácter instrumental en relación con la exigencia de estricta sujeción a la ley: persiguen blindar al juez de presiones externas o internas a los efectos de que éste resuelva solamente según lo dispuesto por el Derecho preexistente. Consecuentemente, si se dice que el juez tiene legitimidad porque es independiente e imparcial, en realidad, se está diciendo que la tiene porque, en virtud de esos atributos, éste falla conforme a Derecho.

Efectivamente, como se dijo, los autores que defienden este criterio sostienen que está justificado –y legitimado– que, en el marco del Estado constitucional de Derecho, sean los jueces y tribunales los encargados de garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales porque, a estos efectos, se constituyen en el órgano más idóneo para desempeñar esta tarea: son completamente ajenos a las vicisitudes mayoritarias (son independientes), son neutrales con respecto a los intereses de las partes del conflicto (son imparciales) y, por eso mismo, cumplen su función de resolver controversias tan sólo en atención a lo dispuesto por el Derecho preexistente²³⁷. Ellos sostienen eso porque, tal como se ha señalado en el párrafo precedente, asumen que ese juez, al ser imparcial e independiente, sólo está parcializado con el Derecho (con

²³⁵ Barranco Avilés, María del Carmen. “Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Sometimiento a la ley, independencia e imparcialidad en el marco del constitucionalismo”. En: *Teoría y Derecho*, N° 7, 2010, p. 139.

²³⁶ Cfr., *Ibid.*, p. 144.

²³⁷ Cfr. Punto 4.1 de este capítulo.

la Constitución a la cabeza en el Estado constitucional de Derecho) y, por tanto, que sólo se limita a aplicar o ejecutar las prescripciones del mismo²³⁸. Es decir, son planteamientos que, en el fondo, visualizan la actividad de juzgar según los parámetros del modelo de juez “guardián”: independencia con respecto de los poderes políticos de turno pero sujeción en relación con el poder político originario (es decir, el constituyente) y, por ende, baja o nula capacidad creativa de Derecho (en especial, constitucional). Se asume, pues, como se dijo en el párrafo precedente, que ese juez imparcial e independiente tiene legitimidad porque, supuestamente, esos dos caracteres garantizan que éste, al fallar, estará completamente sometido al “imperio del Derecho democráticamente producido”.

Pero, desde que se ha demostrado, no sólo que de hecho no está sometido al imperio del Derecho (primera parte), sino que incluso es inviable exigirle ello (punto 5.1), entonces se pone seriamente en cuestión el presupuesto sobre el que descansa la supuesta imparcialidad e independencia de los jueces y tribunales. Si está demostrado que los jueces están parcializados no con ese supuesto Derecho preexistente sino con su propia manera de entender el mismo (y, por tanto, con sus propios prejuicios), entonces ¿por qué tendría que legitimar la labor del mismo el hecho de que son completamente independientes del poder político de turno o que, supuestamente, son imparciales en relación con las partes del conflicto? Si, como se ha dicho, la independencia y la imparcialidad son instrumentales en relación con la exigencia de sometimiento estricto a la ley, y se ha demostrado que esa exigencia es falaz e inviable, entonces ¿no habría que pensar en reformular el sentido de dichos principios o, al menos, reconocer que por sí mismos no son susceptibles de legitimar la actuación de los jueces y tribunales?²³⁹ Piénsese en lo siguiente, si a pesar de haberse cuestionado seriamente la exigencia de estricta sujeción a la ley constitucional y el modelo de juez asociado a la misma (el juez guardián), se sigue manteniendo el sentido primario de los principios de imparcialidad e independencia de la labor judicial, ¿no se terminaría dando cobertura al “imperio de la voluntad del juez”? Consecuentemente, por sí mismos, estos principios no están en aptitud de legitimar la actividad jurisdiccional²⁴⁰.

²³⁸ Ello sería así porque, como explica Shapiro, siempre se ha considerado que el juez, a pesar de su “independencia”, realmente es “dependiente” de los intereses de aquéllos en cuyo nombre desempeña su cargo (Cfr. Shapiro, Martin. *Courts: a comparative and political analysis*. Op. Cit., pp. 19- 20). Esto quiere decir que, incluso suponiendo que sólo aplica reglas jurídicas preexistentes, al cumplir con su función de resolver conflictos interpersonales, “he acts not independently but as a servant of the regime, imposing its interest on the parties to the litigation” (Shapiro, Martin. *Courts: a comparative and political analysis*. Op. Cit., p. 26). Y en una “democracia constitucional” —que es la que Ferrajoli defiende— esto se traduciría en la “dependencia” de los jueces de aquellos que estipularon la Constitución y los instituyeron a ellos como sus guardianes.

²³⁹ No por nada, ya hace un tiempo, Shapiro afirmó tajantemente que “if judges then are inevitably lawmakers”, entonces “lawmaking and judicial independence are fundamentally incompatible” (Shapiro, Martin. *Courts: a comparative and political analysis*. Op. Cit., p. 34).

²⁴⁰ Para Shapiro, precisamente en la “independencia” reside el problema del encaje del “poder judicial” con la “democracia”. En sus propias palabras: “Courts make law. Constitutional courts often make big law, and the law they make is not easily invalidated by others. In a democracy, the people or its elected representatives are supposed to make law. If courts are truly independent, then they are lawmakers who are not politically accountable to the demos. Try flying that flag. Put another way, courts are courts of law.

En lo que se refiere a la tesis que plantea entender al proceso judicial como un mecanismo alternativo de participación político-democrática²⁴¹, se puede señalar lo siguiente. No es erróneo reconocer que, en la actualidad, muchos sectores de la población particularmente marginados (social y políticamente), ante la imposibilidad de acceder a los mecanismos de participación democrática ordinarios (porque no cuentan con los recursos necesarios para costear una campaña electoral, para hacer “lobby” o, siquiera, para hacerse visibles en los medios de comunicación social), se ven forzados a tratar de satisfacer sus demandas político-sociales por medio de la demanda judicial que, como se dijo, presenta una serie de ventajas en relación con la vía parlamentaria (es de más fácil acceso y mucho más eficaz). Así, por ejemplo, en el Perú, en el año 2004, dos pacientes con VIH/SIDA, vía procesos judiciales de amparo, lograron que el Estado peruano les otorgue el tratamiento integral correspondiente, incluyendo los medicamentos retro-virales respectivos, dado que al no contar con los recursos económicos necesarios, no podían afrontar el alto costo del tratamiento de esta enfermedad²⁴². Es decir, por medio del proceso judicial las organizaciones defensoras de los derechos humanos (que fueron las que patrocinaron estas causas) consiguieron algo que, en su momento, no contaba con respaldo mayoritario en el Parlamento: incluir al VIH/SIDA dentro del catálogo de enfermedades cuyo tratamiento integral tendrá que ser asumido por la sanidad pública. No cabe duda, entonces, que la vía judicial es, hoy por hoy, un mecanismo a través del cual los sectores marginados del circuito político tradicional, pueden alcanzar sus demandas políticas. Este es un dato que no se puede negar.

Sin embargo, por este solo hecho no se puede concluir que el proceso judicial es un proceso democrático de participación en los asuntos públicos. Primero, porque asumir ello implica presentar a la función judicial como un método de toma de decisiones políticas alternativo e igualmente democrático que el parlamentario, a pesar de que no presenta los caracteres de este último que precisamente son los que lo hacen democrático. Efectivamente, como se sabe, el proceso de decisión parlamentario se considera democrático porque: (i) en él tienen la oportunidad de participar con voz y voto todas las personas interesadas o afectadas por la medida a ser adoptada (al menos ficticiamente); y (ii) es un método de decisión marcado por la presencia de criterios de oportunidad y de factores prudenciales, tales como la negociación y el compromiso. Claramente éstos son elementos completamente ajenos al proceso judicial. En éste, sólo se permite la participación a aquellos que el juez considera

Their job is to implement law. So they are agents of principals. One such principal –a very prominent one– is the statute maker; that is, the legislature. An agent is supposed to be accountable to his/her principal. Courts are supposed to be accountable to legislatures –in a democracy to an elected, representative legislature– If courts are truly independent, they are not accountable to democratic legislatures. Same flag, same problem” (Shapiro, Martin. “The mighty problem continues”. Op. Cit., p. 388).

²⁴¹ Cfr. Punto 4.2 de este capítulo.

²⁴² Al respecto, Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional del Perú del 20 de abril y del 5 de octubre de 2004, recaídas en los expedientes N°s 2945-2003-AA/TC y 2016-2004-AA/TC respectivamente.

tienen “legitimidad para obrar” (activa o pasiva) y, por supuesto, en él las partes no negocian nada (o, al menos, no tienen la necesidad de hacerlo), tan sólo presentan sus posiciones, las defienden y, al final, será el juez (un personaje aristocrático) el que tendrá la responsabilidad de decidir discrecionalmente cuál de ellas tiene la razón. En tal sentido, es evidente que el proceso judicial puede ser un mecanismo para alcanzar ciertos fines u objetivos no tomados en cuenta por el legislador pero, desde luego, no parece ser que un proceso “cerrado” para los que no son “partes”, en el que la última palabra la tiene un “aristócrata”, pueda ser denominado como “democrático” (por más “democráticos” que sean los objetivos a ser alcanzados).

Por lo demás, no debe perderse de vista que presentar al proceso judicial como un proceso más de participación político-democrática implica, también, valorar de forma positiva (o justificar en términos democráticos) la llamada “judicialización de la política”, es decir, ese fenómeno contemporáneo que consiste en trasladar el debate político del Parlamento al foro judicial; fenómeno que, como dicen Guarnieri y Pederzoli, “tiende a suprimir la decisión política, aparentemente a favor del derecho, pero en realidad otorgando mayor espacio a los grupos que disponen de recursos para emplearlos eficazmente en el circuito judicial” y, lo que es peor, que “puede llegar a paralizar los procesos de decisión, favoreciendo con frecuencia una menor transparencia y, sobre todo, erosionando radicalmente la responsabilidad política, es decir el principio, fundamental para la democracia, de que siempre hay un responsable de las principales decisiones que afectan a la comunidad, alguien que se puede sustituir mediante la competición electoral”²⁴³. Es decir, presentar al proceso judicial como un mecanismo en sí mismo democrático implica, también, defender que la decisión adoptada por un sujeto “irresponsable” políticamente (el juez) en el marco de un proceso usualmente carente de transparencia, es tan democrática como la decisión adoptada por una mayoría, responsable ante el electorado, en el marco de una discusión normalmente pública y abierta a la participación de la ciudadanía. Y si se está defendiendo ello, entonces también se está defendiendo, como alertan Guarnieri y Pederzoli, “dar cada vez más poder a quién no puede ser sustituido”²⁴⁴, situación que difícilmente puede ser calificada como “democrática” en el ámbito de la ciencia política. Consecuentemente, no parece ser que el proceso judicial, por sí solo, pueda legitimar la actuación de los jueces y tribunales en términos democráticos.

Paso ahora al planteamiento de Garzón Valdés. Como se dijo²⁴⁵, para él, la legitimidad de los jueces y tribunales, en tanto se constituyen en el órgano de cierre del sistema, proviene en última instancia de su “confiabilidad”, es decir, de la subjetiva creencia generalizada (la confianza) de que sus fallos reproducen fielmente la voluntad democrática expresada en el texto constitucional (aun cuando no lo hagan); “creencia” que se genera, según Garzón Valdés, a partir de la comprobación permanente de que

²⁴³ Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia. Op. Cit., p. 169.

²⁴⁴ Ibid., p. 169.

²⁴⁵ Cfr. Punto 4.3 de este capítulo.

la interpretación constitucional efectuada por los jueces y tribunales se corresponde con la sostenida por la “communis opinio”. Pues bien, si esto es así, salta a la vista el problema de este planteamiento: al final, hace descansar la legitimidad de los jueces y tribunales en un criterio sumamente ambiguo: la llamada “communis opinio”. Y es que, no se sabe qué es o, peor aún, cómo se forma: así como podría ser la meditada posición común que sobre un tema sostiene la comunidad jurídica (y acá está el problema de identificar cuál es la “comunidad jurídica”), también podría ser la interpretación que para cualquier ciudadano se deriva de un texto normativo en función del básico sentido común. Incluso, asumiendo que sí es posible identificar la misma, habría que preguntarse lo siguiente: ¿tendría legitimidad una interpretación contra-literal de la constitución siempre que ésta sea apoyada por la “communis opinio”? Tampoco es, pues, un criterio que ofrezca la seguridad necesaria.

Pero no sólo eso. También habría que preguntarse por qué la “confiabilidad” tiene que depender de lo que diga o haga la “communis opinio”. En mi opinión, para el profesor Garzón Valdés debe ser así porque, de esta forma, se dota de un elemento racional a esta “creencia” que, como él mismo señala, “se basa, además, en una serie de supuestos, algunos de tipo sociopsicológico de difícil fundamentación racional”²⁴⁶. Es decir, este autor reconoce que al ser la confiabilidad una “creencia”, además de la *communis opinio*, también tiene sustento (al igual que toda creencia) en un fuerte elemento emocional o, lo que es lo mismo, de “difícil fundamentación racional”. En tal sentido, al excluir a la *communis opinio* de estos elementos emocionales, no cabe más que entender que con la remisión a ésta lo que pretende hacer es darle una base racional a esa creencia en la que consiste la confiabilidad en los jueces y tribunales. Al parecer, pues, cree que de esta forma se dota al proceso de formación de dicha creencia de un parámetro externo u objetivo de comprobación, ajeno a esos elementos sociopsicológicos puramente subjetivos que son de difícil fundamentación racional. Y si ello es así, habría que preguntarse, primero, si la *communis opinio* es realmente un elemento racional y, segundo, si cumple con su objetivo o no (dotar de una base racional a la creencia señalada).

Si se entiende racional, simplemente, como el hecho de dar razones que expliquen el porqué de algo, es evidente que incluso los actos de fe serían “racionales” (se sustentan en “razones” de índole emocional). No creo que éste sea el sentido de “racional” manejado por Garzón Valdés. Intuyo que, para él, lo racional es aquello que se sustenta en esas “verdades morales universales”, cognoscibles en el campo de la ética, en las que consiste el “coto vedado”. En tal sentido, la *communis opinio* será un elemento racional siempre que comulgue con lo dispuesto por el coto vedado... pero, tal como se dijo al finalizar el punto 4.3, el contenido de este último se genera a partir de lo señalado por la primera. Es decir, no sólo es que el coto vedado racionaliza a la *communis opinio* sino que, además, es la *communis opinio* la que le da forma o

²⁴⁶ Garzón Valdés, Ernesto. “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”. Op. Cit., p. 133.

contenido al coto vedado. Consecuentemente, se puede decir que se está frente a un caso de razonamiento “circular”: la racionalidad de la *communis opinio* depende de un parámetro objetivo como el coto vedado pero, a su vez, la formación de éste depende del consenso intersubjetivo en el que, se intuye, consiste la *communis opinio*. Y si ello es así, entonces creo que esta última difícilmente puede ser un criterio “racional” en el cual basar la “confianza” de los ciudadanos en los jueces y tribunales de última instancia. No obstante, a pesar de ello, tal como diré en el punto 5.3, creo que sí se puede seguir manteniendo como criterio de legitimidad la noción de “confiabilidad” en tanto creencia, ya no de que la sentencia del juez es conforme al sentido defendido por la *communis opinio*, sino de que el fallo final no será arbitrario; creencia que se apoyará en ciertos elementos que, siguiendo la clasificación de Weber, podríamos llamar como “carismáticos”. Este es un asunto que queda, por el momento, pendiente.

Finalmente, en lo que se refiere al planteamiento de Troper²⁴⁷, es conveniente señalar lo siguiente. Asumir que los jueces y tribunales ayudan a formar la voluntad general y, además, que ello está justificado por la forma como éstos participan en el proceso de producción normativa (al final de un procedimiento marcado por el razonamiento jurídico), en mi opinión, es una posición que presenta una clara ventaja: de ella necesariamente se tiene que concluir que cualquier decisión adoptada por el Tribunal Constitucional (y en verdad por cualquier juez cuya sentencia ya no pueda ser revocada), en tanto manifestación de la voluntad general, resulta no sólo ser válida sino también legítima en términos democráticos. Y es que ¿cómo podría no serlo si es que es la propia voluntad general —o parte de ella— la que se está manifestando? En apoyo de este razonamiento se puede resaltar el hecho de que fue la propia voluntad general “originaria” (la constituyente) la que decidió establecer un sistema donde la formación de la voluntad general requiera del concurso de varios órganos incluyendo algunos, como el Tribunal Constitucional, que son no representativos (y aristocráticos); mecanismo en el que, precisamente, el órgano jurisdiccional encargado de velar por la constitucionalidad de la ley tiene un lugar privilegiado al tener el poder de dar la “última palabra” (al igual que cualquier juez cuya resolución ya no puede ser revocada).

Si esto es así, es evidente que la propia voluntad general originaria decidió, desde el inicio, que sea lo que sea que salga del Tribunal Constitucional su decisión es inmodificable; sentencia que, al margen de su contenido, siempre contará con el respaldo democrático de la voluntad general (ella fue la que autorizó esto). Sostener lo contrario implicaría deslegitimar no sólo a los jueces constitucionales sino a todo el sistema de gobierno que creó la voluntad general originaria. ¿Y cómo quedan los derechos fundamentales?, ¿acaso no es cierto que la voluntad general originaria también quiso instituir un sistema de derechos que, como dice Ferrajoli, constituyan la “esfera de lo no decidible”? Sí pero también decidió que fueran los jueces —y sólo los jueces— los órganos encargados de velar por el respeto de esa esfera y, como tal, de

²⁴⁷ Cfr. Punto 4.4 de este capítulo.

darle contenido a esas normas jurídicas que constituyen lo “no decidible”. Entonces, implícitamente aceptó que éstos sí pueden tomar decisiones sobre lo que es lo “no decidible” en el marco del sistema de gobierno por ella instituido. Por tanto, si la voluntad general originaria les otorgó ese extraordinario poder a jueces y tribunales, ¿cómo podría ser ilegítimo su ejercicio? La cuestión está en que así opera o funciona el sistema de gobierno llamado Estado constitucional de Derecho. El planteamiento de Troper ayuda a poner de manifiesto esto.

No obstante, no se puede pasar por alto que lo señalado en el párrafo precedente sólo tiene sentido en una concepción sobre la democracia alejada no sólo de la tradicional (el ilimitado gobierno de la mayoría directamente o por medio de representantes elegidos) sino también de la contemporánea (la llamada “democracia constitucional”). En tal sentido, no se puede decir que los jueces cuentan siempre con legitimidad democrática si es que antes no se ha demostrado que esa concepción tan particular sobre la democracia (véase el punto 2.3.2) es, desde una perspectiva prescriptiva, la “realmente” democrática. Efectivamente, que en el Estado constitucional de Derecho, por la forma en la que está realmente diseñado, sea un hecho que los jueces y tribunales co-gobiernan (una tesis descriptiva), no quiere decir que, desde una perspectiva prescriptiva, esta situación tenga que ser necesariamente valorada como la más “democrática” (hacer esto implicaría incurrir en una falacia: pasar sin más del ámbito del “ser” al del “deber ser”). Consecuentemente, en tanto no se demuestre que el sentido de democracia descrito por Troper, es el que debe ser apoyado por ser el realmente democrático, entonces no se puede decir que tiene justificación democrática ese órgano de carácter aristocrático que tiene el poder de imponer su voluntad. Por lo demás, en el supuesto de que sí se pudiera demostrar su carácter democrático, habría que tomar en cuenta que solamente podría serlo para la voluntad general “originaria” (la generación que decidió darse ese sistema de gobierno). Y si ello es así, entonces cabría preguntarse ¿por qué las nuevas generaciones, que no participaron en el debate y adopción de ese sistema de gobierno, tendrían que someterse a los mandatos de un órgano “aristocrático”? Aparece, pues, el problema de llamada “objeción inter-generacional”²⁴⁸.

Pero no sólo eso, incluso superando estos inconvenientes aparece una nueva dificultad. Según Troper, la participación de los jueces en la formación de la voluntad general está justificada porque se produce como resultado de un procedimiento que, en virtud de determinadas exigencias, impide que los mismos se pronuncien según criterios de oportunidad o, lo que es lo mismo, que evalúen si los fines que persigue la ley son deseables o si los medios que ésta plantea son adecuados para alcanzar dichos fines (esto sólo lo podría evaluar el Parlamento). Pues bien, y al margen de si ello es correcto o no, lo cierto es que, de un lado, es sumamente difícil determinar

²⁴⁸ Sobre este problema, Cfr. Holmes, Stephen. “El precompromiso y la paradoja de la Democracia”. En: *Constitucionalismo y Democracia*. Jon Elster y Rune Slagstad (compiladores). Traducción de Mónica Utrilla de Neira. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 217-262.

cuándo un juez constitucional está razonando o no según criterios de oportunidad y, de otro, la jurisprudencia comparada (y la doctrina constitucional) entiende que el mejor método para efectuar el control de la constitucionalidad de las leyes, es someter a las mismas a las reglas del conocido “análisis de ponderación” y, por tanto, evaluar si la ley respectiva es: (i) “idónea” o “adecuada” para alcanzar un objetivo constitucionalmente legítimo, (ii) “necesaria” porque no existe un medio alternativo igualmente idóneo que sea menos gravoso con algún posible principio constitucional afectado, y (iii) “proporcional” porque genera más ventajas que daños en relación con el principio constitucional afectado²⁴⁹. Es decir, no sólo es que sea problemático delimitar teóricamente los límites de la aristocrática intervención jurisdiccional, sino que además todo parece indicar que los jueces de hecho, al efectuar el análisis de ponderación (que es supuestamente un “método jurídico”), examinan si son deseables los fines que persigue el texto de la ley aprobada (tienen que ser constitucionales o, al menos, no contrarios a los mismos) y, sobre todo, si los medios que ésta propone son idóneos –o más idóneos que otros alternativos (necesarios)– para alcanzar dichos fines con el menor daño posible (proporcional). En tal sentido, no parece ser cierto que “las exigencias relativas a la expresión de la voluntad general” que señala Troper, llegan realmente a impedir que los jueces participen en la formación de la ley según criterios de oportunidad. Por este lado, pues, la tesis de Troper tampoco está exenta de dificultades.

5.3 La apuesta por las exigencias procesales básicas y la confiabilidad basada en el “carisma” del juez.

De lo señalado en los puntos 5.1 y 5.2, queda claro que ni la exigencia de estricta sujeción a la ley material (en cualquiera de sus versiones), ni los aspectos estudiados de la práctica judicial, consiguen por sí mismos legitimar en términos democráticos (o de cualquier otro tipo) la actuación de los jueces y tribunales. Ello es así porque, o bien están atados a la lógica de la democracia constitucional y, por ende, preocupados por hacer viable el irreal modelo de juez “guardián”, o bien terminan proponiendo criterios de legitimidad que no cumplen con la exigencia básica de ser lo suficientemente rígidos o rigurosos como para permitir distinguir con seguridad una actuación judicial legítima de una ilegítima (esta es una crítica presente en todas las propuestas estudiadas). En tal sentido, todavía está pendiente la tarea de encontrar ese criterio que justifique –y, por ende, legitime–, la actuación de los jueces y tribunales entendidos como un cuerpo aristocrático-autocrático que *siempre* actúa *sólo* con discreción en sentido fuerte. Pues bien, en este acápite se va a sostener que en el marco del Estado constitucional de Derecho (que, tal y como está diseñado, permite la configuración de los jueces y tribunales en un cuerpo “aristocrático-autocrático”), a lo más, se puede apostar como criterios de legitimidad de ejercicio del Poder Judicial: (i)

²⁴⁹ Cfr. Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 77-95.

por el cumplimiento de ciertas exigencias procesales “básicas” que, a estos efectos, fijarán un piso mínimo por debajo del cual todo fallo judicial deviene en ilegítimo, y (ii) por ciertos elementos “carismáticos” (o de “confiabilidad”) que, una vez cumplido con dicho piso mínimo, generan “confianza” en las partes del proceso (y, en general, en la ciudadanía) de que no devendrá en arbitraria la solución final que disponga el juez o tribunal correspondiente.

Empezaré por lo primero. Como se dijo, es la observancia de ciertas reglas procesales “básicas” la que nos puede ofrecer una base meridianamente rigurosa para evaluar la legitimidad (o, mejor aún, la ilegitimidad) de la actuación judicial²⁵⁰. Efectivamente, aun cuando las reglas procesales en general también pueden presentar ciertos problemas de ambigüedad (piénsese, por ejemplo, en los textos normativos que persiguen asignar o atribuir competencias entre jueces y tribunales), en mi opinión, sí existe un “núcleo duro” de exigencias procesales que, entendidas en su sentido más básico o elemental, le dan identidad al proceso judicial (sin ellas habría otra cosa) y, como tal, permiten reconocerlo como un proceso contradictorio donde las partes cumplen un rol fundamental (por esta razón, no están necesariamente ligadas a la lógica de la democracia constitucional ni, por ende, al modelo de juez guardián). Dicho en otros términos, la lógica del proceso judicial le impone al juez la observancia de ciertas exigencias procesales básicas si es que quiere, al menos, presentar el fallo como aquel acto que resuelve o pone fin a un conflicto de intereses (un litigio), entre dos o más partes, que fue sometido a su consideración por medio de una demanda (en el ámbito civil) o de una denuncia o querrela (en el ámbito penal)²⁵¹. Y si ello es así, en mi opinión, será el cumplimiento de estas exigencias derivadas de la lógica del proceso, ese piso “mínimo” por debajo del cual todo fallo judicial deviene en ilegítimo (aunque, por supuesto, ello no significa afirmar que por encima de las mismas todo fallo judicial deviene necesariamente en legítimo).

²⁵⁰ Cfr. Punto 3.3 de este capítulo.

²⁵¹ De acuerdo con Couture, “podemos definir (...) el proceso judicial (...) como una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de autoridad, el conflicto sometido a su decisión. (...) La idea de proceso es necesariamente teleológica, (...). Lo que la caracteriza es su fin: la decisión del conflicto mediante un fallo que adquiere autoridad de cosa juzgada. En este sentido, proceso equivale a causa, pleito, litigio, juicio” (Couture, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 3° edición, 1988, pp. 121-122). Como dijo en otro momento: “El proceso es, en sí mismo, un método de debate” que “sirve para resolver un conflicto de intereses. Todo proceso presupone uno o más conflictos y es un medio idóneo para dirimirlos por acto de la autoridad. (...) El proceso tiene, como finalidad, hacer cesar el conflicto, mediante un debate preordenado, por acto de la autoridad” (Couture, Eduardo. *Introducción al estudio del proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2° edición, 1988, pp. 53 y 55). Calamandrei, por su parte, dirá que “el órgano judicial no se mueve por sí, si no hay alguno que lo requiera o estimule: y el pronunciamiento de la sentencia o la puesta en práctica de la ejecución forzada no sigue inmediatamente a la petición, sino que, antes de que aquel fin sea alcanzado, es necesario que se cumplan numerosos actos que se suceden en un período de tiempo más o menos largo, el conjunto de los cuales, considerados como una unidad en vista del fin que los reúne, constituye empíricamente el proceso en sentido judicial” (Calamandrei, Piero. Op. Cit., p. 318). Finalmente, Carnelutti define el proceso judicial contencioso como “un proceso caracterizado por el fin, que no es otro que la composición de la litis”; es decir, como un proceso dirigido a solucionar “un conflicto (intersubjetivo) de intereses calificado por una pretensión resistida (discutida)” (Carnelutti, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 5° edición, Vol. I, 1989, pp. 28 y 43).

Pues bien, ¿cuáles son esas exigencias procesales “básicas”? De todas las posiciones trabajadas en el punto 3.3, queda claro que no existe proceso judicial si es que no se respetan, al menos, los siguientes principios: el de pasividad (o de “no autoconvocatoria”), el de contradicción (más el de congruencia) y el de motivación de la resolución final²⁵². Del primero, que indica que el poder del juez nunca se activa “de oficio” sino “a pedido de parte” y, por tanto, que éste solamente puede resolver aquellas controversias que previamente hayan sido sometidas a su consideración, ya me encargué al finalizar el punto 4.2.3 de la primera parte y, como tal, me remito a lo ya señalado en ese momento. Tan sólo voy a agregar lo siguiente: parece ser sumamente razonable sostener que nadie debe obediencia a un mandato judicial que le impone la obligación de comparecer ante el propio juez para defenderse de una acusación, si es que dicha comparecencia no ha sido previamente solicitada en el ámbito judicial por la persona directamente afectada (el demandante) o, lo que es lo mismo, si es que el mandato señalado no es el resultado de haberse iniciado “a pedido de parte” un proceso judicial. Y es que, más allá de lo absurdo del supuesto señalado, es evidente que los jueces, en aras de hacer justicia, no pueden legítimamente sustituir a los individuos en la toma de la decisión relativa a cuándo judicializar un conflicto o controversia interpersonal (hacer ello, simplemente, implicaría una violación de la autonomía de la voluntad)²⁵³. Es tan cierto esto que ni siquiera en el ámbito penal, donde se considera que la acción es de titularidad pública, el juez puede autoconvocarse: debe esperar que el fiscal respectivo formule la denuncia correspondiente²⁵⁴. De esta forma, no parece ser legítimo que un juez que, por ejemplo, ha tomado conocimiento de un despido masivo de trabajadores, decida por cuenta propia abrir un contencioso laboral contra el empleador correspondiente, si es que previamente los trabajadores afectados no se lo han solicitado presentando la demanda respectiva. El primer criterio, entonces, para evaluar la legitimidad del “aristócrata” llamado juez es verificar que éste no se haya activado por cuenta propia.

²⁵² En el mismo sentido, Cfr. Barranco Avilés, María del Carmen. “Constitución, derechos humanos y filosofía del Derecho: una teoría de la justicia para el constitucionalismo contemporáneo”. Op. Cit., p. 21.

²⁵³ Como explica Calamandrei: “Una jurisdicción ejercida de oficio repugnaría, por una razón psicológica antes que jurídica, al concepto que modernamente nos hemos formado de la función del juez, el cual, para conservarse imparcial, debe esperar a ser llamado y limitarse a hacer justicia a quien le pide: de suerte que, si nos dijeran que un magistrado, sin ser solicitado por nadie, se ha puesto en viaje para ir en busca de entuertos a enderezar, nos sentiríamos llevados a considerarlo, más bien que como un héroe de la justicia, como un monomaniaco peligroso, del tipo de don Quijote o del legendario zapatero de Messina” (Calamandrei, Piero. Op. Cit., p. 233).

²⁵⁴ Como resalta Calamandrei: “hasta tal punto se ha advertido esta incompatibilidad psicológica entre la posición de quien pide justicia y la de quien juzga, que incluso en aquellos casos en los que el Estado siente más imperiosamente el interés en la reintegración de la observancia del derecho, no pudiéndolo subordinar a la petición del particular, no atribuye la facultad de proceder de oficio al juez, sino que crea frente al juez un órgano público que tiene específica función de ejercitar la acción en interés público, y de estimular así la función del juzgador. Esto se ve típicamente en el proceso penal en el que la función del acusador está confiada al ministerio público, especialmente creado para ejercitar la acción penal, que es siempre pública” (Calamandrei, Piero. Op. Cit., p. 234). Es más, ni siquiera en aquellos sistemas que, basados en el Common Law, establecen la figura procesal del “certiorari”, las cortes supremas pueden auto-convocarse: éstas tienen el poder de decidir discrecionalmente qué procesos conocer y resolver pero, y esto es importante, sólo de entre todos los casos en los que alguna de las partes previamente ha solicitado el “certiorari” (Cfr. Ahumada Ruiz, María Ángeles. “El “certiorari”: ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el tribunal supremo de los Estados Unidos”. En: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 14, N° 41, mayo-agosto 1994, pp. 89-136 y, en especial, pp. 111-118).

Ahora bien, ¿y qué sucede luego de haberse activado a pedido de parte la función judicial?, es decir, ¿qué pasa después de haberse interpuesto la demanda o denuncia respectiva? Si el juez considera que la demanda (o la denuncia) cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia correspondientes (asunto sobre el que tendrá discreción fuerte), entonces se habrá dado inicio a un proceso judicial y, a partir de ese momento, tendrá que respetar ciertas exigencias procesales a los efectos de asegurar que todas las partes vean satisfecho su elemental derecho de defensa. Ello es así porque, a pesar de que el juez tiene el poder de fijar las normas jurídicas que van a ser utilizadas para solucionar el caso, como resalta Ezquiaga, “su actividad está limitada por algunos principios procesales de inexcusable cumplimiento para que sea respetado el derecho de defensa de las partes”²⁵⁵; límites que se derivan del vigente modelo de proceso judicial “adversarial” que, según el señalado autor, está caracterizado por entender al proceso “como una contienda o disputa entre dos adversarios que se desarrolla frente a un árbitro relativamente pasivo cuya principal obligación es llegar a un veredicto”²⁵⁶. Vale decir, son límites que se presentarían de hecho en virtud del modelo de proceso judicial existente actualmente. Por tanto, una adecuada descripción de los poderes del juez debe dar cuenta también de estas exigencias que aparecen en virtud de entender el proceso judicial como un proceso contradictorio donde las partes juegan un papel fundamental. Y, precisamente, es en ese momento en donde aparecen las exigencias procesales de contradicción y congruencia que, no siendo exactamente lo mismo, operan como criterios reguladores del pleito o disputa inter-partes y, por supuesto, de la propia actividad del juez en el marco del proceso judicial.

Efectivamente, el principio de contradicción es un principio estructural en todo tipo de procesos, es decir, es inherente a la estructura del proceso judicial entendido como contienda o disputa entre dos o más adversarios. Dicho de otro modo, sin él simplemente no habría proceso judicial²⁵⁷. Como explica el mismo Ezquiaga, el significado procesal del principio de contradicción exige “que en todo proceso se cuente siempre con dos posiciones enfrentadas, de tal modo que la satisfacción de la pretensión de una de las partes por el juez debe producirse tras haber admitido y tenido en cuenta la contradicción del adversario o, al menos, tras haber otorgado a éste la posibilidad real de llevarla a cabo. En definitiva, el principio de contradicción exige que las partes sean oídas en cada actuación procesal, ya sea realizada por el órgano jurisdiccional o por la otra parte, y se les de la oportunidad de pronunciarse

²⁵⁵ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. Op. Cit., p. 31.

²⁵⁶ Cfr., Ibid., p. 32.

²⁵⁷ Como explica Carnelutti, “puesto que cada uno de las partes tiene interés en la justicia del resultado del proceso sólo en los límites en que éste le favorece, se entiende que una garantía principal de dicha justicia debe consistir en la colaboración de ambas, la cual, dada la oposición de sus intereses, se desarrolla mediante el *contradictorio*. El contradictorio es la regla del proceso contencioso, (...); precisamente porque el contradictorio es un modo de ser normal del proceso contencioso” (Carnelutti, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Op. Cit., p. 184) (la cursiva es del autor).

sobre los hechos alegados y sobre el Derecho aplicable”²⁵⁸. Es decir, este principio lo que viene a exigir es que, en tanto el proceso judicial es una contienda o disputa entre dos o más adversarios, cada uno de éstos siempre debe tener la oportunidad de “contradecir” o refutar lo argumentado por el otro (o, incluso, por el propio juez), ya sea sobre cuestiones de hecho, ya sea sobre cuestiones de Derecho. Y si ello es así, tal como resalta el mismo Ezquiaga, este principio tendrá dos manifestaciones: (i) al inicio del proceso exigirá que se corra traslado de la acusación al demandado o al imputado para que esté informado y pueda defenderse de lo que se le exige o imputa; y (ii) durante el desarrollo del mismo exigirá que en todo momento las partes ocupen posiciones iguales y tengan conocimiento tanto de los hechos del caso como del Derecho aplicable, lo que a su vez exigirá que éstas: a) dispongan de las mismas oportunidades para alegar y probar los hechos, b) tengan puntual conocimiento y oportunidad de refutar las alegaciones realizadas sobre los hechos por la otra parte o por el propio juez, y c) permanentemente tengan conocimiento de las normas jurídicas que sean consideradas aplicables tanto por la otra parte como por el juez y de las modificaciones que sobre este aspecto se produzcan a lo largo del proceso²⁵⁹.

En tal sentido, siempre según la lógica del proceso judicial, devendrá en ilegítima aquella actuación judicial que no ha cumplido con darle a las partes exactamente las mismas herramientas y oportunidades de alegar lo que crean pertinente en torno a los hechos y el Derecho del caso. Y lo sería porque, al hacerlo, estaría desnaturalizando la imagen del proceso como una contienda o disputa entre dos o más partes. Consecuentemente, el juez, si es que quiere que su actuación no devenga irremediablemente en ilegítima, tendrá que permitir a las partes expresar su punto de vista en torno a los hechos, medios probatorios y material jurídico que sean objeto de controversia. Así, por ejemplo, si el demandante alega que con la prueba “X” se demuestra el acaecimiento del hecho “Y”, entonces el juez tendrá que dar la oportunidad al demandado de alegar lo contrario, es decir, que con dicho medio probatorio no se demuestra la existencia del hecho señalado (porque es falso, porque no prueba nada o porque prueba otra cosa). Del mismo modo, tendrá que darle la oportunidad a las partes de argumentar y contra-argumentar acerca del Derecho que es aplicable para resolver la controversia: por ejemplo, si el demandante sostiene que el texto normativo “X” es el pertinente si es que se interpreta según su sentido literal, el demandado tendrá que tener la oportunidad de sostener que dicho texto normativo no es el pertinente ya sea porque de su sentido literal no se desprende lo que el demandante alega, ya sea porque según otro método de interpretación se deduce otra cosa. Y si esto es así, ¿cómo queda el poder discrecional fuerte del juez para valorar los medios probatorios y, por tanto, para fijar los hechos del caso? y, sobre todo, ¿para interpretar los textos normativos y, en general, para construir la norma jurídica que hará las veces de premisa mayor del razonamiento jurídico silogístico? Es evidente

²⁵⁸ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. Op. Cit., p. 34.

²⁵⁹ Cfr. Ibid., pp. 34-36.

que el principio de contradicción no supone negar el jurídicamente ilimitado poder del juez para optar libremente entre alguna de las posiciones en disputa pero, y esto es importante, si éste tiene su propia posición en torno a los hechos o al Derecho (lo cual es perfectamente posible), entonces, antes de resolver la controversia, tendrá que darle a las partes la oportunidad de alegar lo que estimen conveniente²⁶⁰. Si hace ello, las partes luego no podrán alegar que fueron “sorprendidas”.

¿Y qué papel cumple, entonces, el principio de congruencia? La lógica del proceso judicial como una contienda o controversia a ser resuelta por un sujeto ajeno a las partes, no sólo exige al juez permitir a las partes decir lo que crean conveniente a los efectos de defender sus intereses (y, por supuesto, escucharlas); sino que, además, requiere de éste que se limite a resolver lo que se le está pidiendo o, lo que es lo mismo, que su fallo sea “coherente” con las pretensiones de las partes. Efectivamente, siguiendo a Ezquiaga, se puede decir que el principio de congruencia le exige al juez que haya “congruencia entre el objeto de éste [el proceso] y la sentencia que lo resuelve”²⁶¹ y, como tal, que “no existan discordancias entre el fallo judicial y lo debatido en el proceso”²⁶². Es decir, mientras que el principio de contradicción exige que las partes efectivamente tengan en todo momento la oportunidad de pronunciarse sobre todos los aspectos de hecho y de derecho del litigio que hubieran sido introducidos al debate tanto por la otra parte como por el propio juez; el principio de congruencia exige que el pronunciamiento judicial que resuelve el proceso (la sentencia) sea coherente o guarde correspondencia con los aspectos del litigio que hubieran sido objeto de debate y sobre los cuales, en virtud del principio de contradicción, las partes del proceso han tenido la oportunidad de manifestarse. Como dice Barranco, “la congruencia (...) es una exigencia que se dirige a asegurar que la decisión judicial da respuesta a las cuestiones planteadas por las partes” y, como tal, “por un lado, exige al juez que considere los argumentos introducidos por las partes, por otro, impide que el juez se desvíe de lo que las partes solicitan”²⁶³.

Ahora bien, es evidente que la exigencia de congruencia, a diferencia del principio de contradicción, presenta un mayor grado de incertidumbre. En efecto, siempre es posible preguntarse ¿cuáles son los elementos del proceso que deben ser confirmados o contestados por el juez en su decisión para que haya congruencia entre el fallo y lo debatido en el proceso? Aun cuando éste es un tema controvertible, en mi opinión, sí se pueden señalar unos elementos mínimos que, a estos efectos, serían los

²⁶⁰ Cfr. Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. Op. Cit., pp. 36-37.

²⁶¹ Ibid., p. 39.

²⁶² Cfr. Ibid., p. 41.

²⁶³ Barranco Avilés, María del Carmen. “Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Sometimiento a la ley, independencia e imparcialidad en el marco del constitucionalismo”. Op. Cit., p. 145. Como explica Carnelutti: “El juez, pues, tiene necesidad de las partes, no sólo para saber si ellas tienen necesidad de él, sino para saber dentro de que límites tienen esa necesidad. No sólo, pues, nemo iudex sine actore, sino además ne eat iudex ultra petita partium. La regla según la cual el juez no puede juzgar más allá de la demanda, o sea que la demanda fija los límites de la potestad jurisdiccional, está fundada sobre este principio tan simple; en el terreno del acuerdo, el juez no puede ir más allá, solamente el desacuerdo libera su poder” (Carnelutti, Francesco. *Derecho y proceso*. Op. Cit., pp. 105-106).

que habría que tomar en cuenta para evaluar la legitimidad del fallo judicial. En primer lugar, resalta el hecho de que la demanda al estar dirigida siempre contra alguien (el demandado) –y, obviamente, siempre que el juez la haya admito a trámite–, fija las partes procesales del litigio y, por ende, queda el juez vinculado a ellas. En ese sentido, “puede hablarse de una verdadera congruencia subjetiva de la sentencia, ya que ésta no podrá pronunciarse sobre personas distintas a las fijadas por la demanda: el actor (o actores) y el demandado (o demandados)”²⁶⁴. De esta forma, aun cuando el juez detecte que, en razón de las normas procesales y sustantivas pertinentes, son otras personas las que cuentan con legitimidad para obrar activa o pasiva, éste no podrá dictar sentencia en relación con las mismas y, por tanto, tan sólo podrá declarar improcedente la demanda (es más, ni siquiera podría emplazar a las mismas ya que, en virtud de la exigencia de “pasividad”, eso le corresponde al demandante). En segundo lugar, también debe tenerse en cuenta que la demanda contiene una petición (el *petitum*) por la que se solicita al órgano jurisdiccional que obligue al demandado a dar, hacer o no hacer algo a favor del demandante. Pues bien, es lógico suponer que el *petitum* no puede ser objeto de modificación por el juez ni a lo largo del proceso ni en la sentencia misma y, por ende, “la sentencia debe inexcusablemente ser congruente con la petición”²⁶⁵. Debe dar respuesta, pues, a lo que se le está pidiendo.

Ya se sabe, entonces, que el juez legítimamente no puede fallar contra persona distinta de las partes del proceso, ni otorgar o rechazar cosa distinta a la planteada en la petición de la demanda. Si se le pide, por ejemplo, ordenar a la empresa “X” (la demandada) abonar una indemnización (el *petitum*) a un trabajador “Y” (el demandante), no podrá legítimamente disponer la reposición del mismo, ordenar el pago de dicha indemnización también a un trabajador “Z” (aun cuando esté en la misma situación) o establecer que cumplir con dicha obligación también es responsabilidad de la empresa “W” (aun cuando entienda, por ejemplo, que al estar vinculadas tienen responsabilidad solidaria). Pues bien, ¿y qué sucede con los fundamentos de hecho y de Derecho que sustentan el *petitum* o la respuesta del demandado? Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, la congruencia del fallo exige que se de respuesta tanto al *petitum*, como a los fundamentos factuales y jurídicos que sustentan lo que se pide, pero sin que sea precisa la identidad “entre los preceptos alegados por las partes y las normas cuya aplicación considere procedente el juez”²⁶⁶. Y es que, como dijo en otro momento, “los tribunales no tienen necesidad, ni tampoco obligación, de ajustarse en los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, (...)”²⁶⁷. De esta forma, parece claro que el principio de

²⁶⁴ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. Op. Cit., p. 53.

²⁶⁵ Ibid., p. 53.

²⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de España N° 112/1994, del 11 de abril, F.J. 7.

²⁶⁷ Sentencias del Tribunal Constitucional de España N° 111/1997, del 3 de junio, F.J. 2 y N° 20/1982, de 5 de mayo, F.J. 2.

congruencia exige que el juez: (i) se pronuncie sobre los fundamentos de hecho de la demanda (y de la contestación se sobreentiende) y, como tal, que expresamente diga si los mismos están probados o no; y (ii) determine si los alegatos de Derecho de las partes son los adecuados para resolver la controversia pero, y esto es importante, ello no quiere decir que no pueda fundamentar su fallo en razones jurídicas distintas o, lo que es lo mismo, introducir interpretaciones “propias” de los textos normativos (aunque, como se dijo en relación con el principio de contradicción, sí tendría que someter la misma a la consideración de las partes). En consecuencia, la exigencia de coherencia también haría que devengase en ilegítima aquella sentencia que no se pronuncia sobre los hechos y el Derecho alegados por las partes, en este último caso ya sea por omisión, ya sea por error (se pronuncia sobre otros hechos).

En suma, todo parece indicar que las exigencias elementales derivadas del proceso trabajadas en este punto ofrecen una base sólida a los efectos de evaluar la ilegitimidad o no de la actuación judicial. Entonces, si el juez cumple con estas exigencias procesales ¿no habría motivos para cuestionar la legitimidad de su fallo? En mi opinión, si se cumple con las exigencias procesales de pasividad, contradicción y congruencia será muy difícil que el fallo, en su contenido, sea completamente irracional o absurdo para las partes. Y es que, al final, las interpretaciones creativas que pudiera elegir el juez, de alguna manera, tendrán que haber sido sugeridas por las partes o, en su defecto, haber surgido durante el desarrollo del proceso (y, por tanto, habrían sido debatidas)²⁶⁸. Es decir, la norma jurídica que, según la voluntad del juez, hará las veces de premisa mayor, siempre tendrá que ser una que permita dar solución a lo solicitado por las partes y, por supuesto, también tendrá que ser coherente con lo debatido durante el proceso. Claramente, pues, el cumplimiento de estas exigencias procesales acota, en el plano de la legitimidad, el jurídicamente ilimitado poder discrecional del juez.

No obstante, hay que ser conscientes de que aún es posible que una actuación judicial, a pesar de haber respetado las mencionadas reglas procesales básicas, devenga en ilegítima. En efecto, que el juez tenga que resolver aquello que se le ha solicitado y según lo debatido en el proceso, no significa que no pueda imponer una interpretación “descabellada” acerca del sentido de un texto normativo que, a su juicio, es el pertinente para solucionar el caso que está en sus manos. Que deba anunciar previamente esa interpretación (en virtud de la exigencia de contradicción), no quiere decir que, a pesar de la oposición de las partes, no pueda insistir en la misma. Y si ello es así, de optarse únicamente por este criterio de legitimidad, se corre el riesgo de aceptar automáticamente como legítimo cualquier fallo judicial por el solo hecho de haber sido adoptado en el marco de un proceso signado por las reglas básicas sobre el debido proceso. Es, sin duda, un criterio más riguroso –o seguro– en comparación

²⁶⁸ Cfr. Barranco Avilés, María del Carmen. “Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Sometimiento a la ley, independencia e imparcialidad en el marco del constitucionalismo”. Op. Cit., p. 145.

con los basados en normas sustanciales pero, y esto es relevante, se corre el riesgo de aceptar como legítimo cualquier pronunciamiento judicial que hubiera sido adoptado respetando las reglas procesales básicas. Es por esta razón que, en mi opinión, éstas tan sólo hacen las veces de un “piso mínimo” de legitimidad: por debajo de ellas, toda actuación judicial deviene en ilegítima pero, por encima de las mismas, todavía queda abierta la incertidumbre. ¿Cómo hacer, entonces, para “cerrar el círculo” de la legitimidad? Es a partir de este momento, desde mi punto de vista, en que comienzan a operar esos elementos “carismáticos” que generan “confiabilidad” en la persona del juez.

Efectivamente, como se dijo al momento de estudiar la posición de Garzón Valdés (véase los puntos 4.3 y 5.2), todo parece indicar que existe un elemento de “confiabilidad” en aquellas personas que ocupan la posición de juez. Para dicho autor, esta confianza implica una subjetiva “creencia” generalizada: que los jueces y tribunales, en especial los que tienen el poder de decir la última palabra, fallan siempre conforme a lo previsto en la Constitución (aun cuando de hecho no lo hagan); creencia que se generaría, según Garzón Valdés, a partir de la comprobación permanente de que la interpretación judicial de la Constitución se corresponde con la sostenida por la “*communis opinio*”. A pesar de que, en el punto 5.2, señalé la inconveniencia de adoptar este parámetro de referencia, creo que Garzón Valdés acierta al resaltar este elemento de “confiabilidad”. Es decir, que esa creencia no se genere –o no se pueda generar– a partir de la mencionada *communis opinio* (criterio sumamente ambiguo y gaseoso), no quiere decir que no exista la creencia generalizada de que los jueces, al momento de resolver las controversias, sólo aplican el derecho preexistente. Es más, como se dijo en el punto 2.3.1, la efectividad práctica de la ideología del “constitucionalismo” y de su construcción llamada “democracia constitucional”, al final, descansa en un “voto de confianza”: que los jueces y tribunales, en la medida que son los “guardianes” del sistema, tan sólo van a desempeñar sus funciones según la lógica de la teoría cognitiva de la interpretación judicial. Es un hecho, entonces, que esa creencia existe. La pregunta ahora es: ¿cómo se forma la misma?, es decir, ¿cuáles son los elementos que participan en su producción y reforzamiento?

En mi opinión, y reconozco que esto es más una intuición, ese elemento de confianza en la persona del juez se genera a partir de que se asume, en principio, que éste posee ciertas cualidades y/o actitudes que lo convierten en un individuo especialmente capacitado –o virtuoso– para desempeñar la compleja función de *decir* Derecho y, como tal, resolver controversias. Y si ello es así, entonces la creencia de que los jueces siempre cumplen su función según lo dispuesto por el Derecho preexistente, al final, dependerá de una serie de características que, siguiendo a Weber, podríamos denominar como “carismáticas”. Efectivamente, como se sabe, este autor explica que el fundamento primario de la legitimidad de una dominación, en su forma pura, puede ser de tres tipos: (i) de carácter racional, en la medida que la misma descansa en la

legalidad del orden del que emanan los mandatos y de los derechos de mando de las autoridades por él estatuidas (autoridad/dominación legal); (ii) de carácter tradicional, en la medida que la legitimidad descansa en la tradición y en los señalados por la misma para ejercer autoridad (autoridad/dominación tradicional); y (iii) de carácter carismático, en la medida que la adhesión interna deriva de la confianza en la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y, por supuesto, de las ordenes por ella emitidas (autoridad/dominación carismática)²⁶⁹. Pues bien, lo que estoy tratando de decir es que, en el marco del Estado constitucional de Derecho, en la medida que los criterios de legitimidad que podríamos llamar “rationales” fallan (véase el punto 5.1 precedente), entonces la obediencia a los jueces o bien tiene sustento en la tradición, o bien en el “carisma” de la persona que detenta esa posición.

Pero, en tanto que se está hablando de un elemento subjetivo llamado “confiabilidad”, todo parece indicar que, más que la tradición, lo que está detrás de la legitimidad de los jueces y tribunales es, en el fondo, la creencia de que éstos poseen especiales actitudes y aptitudes para desempeñar sus funciones²⁷⁰. Es decir, al parecer la obediencia a dichos aristócratas, al final, descansa en la confianza que su “carisma” genera de que son los “mejores en virtud” para ocupar el cargo²⁷¹. Efectivamente, como resalta Weber, “debe entenderse por “carisma” la cualidad, que pasa por extraordinaria (...), de una personalidad, por cuya virtud se la considera en posesión de fuerzas (...) específicamente extracotidianas y no asequibles a cualquier otro (...), o como ejemplar (...)”²⁷². De esta forma, más que la *communis opinio*, lo que genera esa creencia de que los jueces aplican el Derecho, es el hecho de que se piensa que ellos, por su formación y personalidad, tienen cualidades especiales (“no asequibles a cualquier otro”) que les permiten determinar cuál es la ley aplicable en cada caso

²⁶⁹ Cfr. Weber, Max. *Economía y sociedad*. Op. Cit., pp. 172-173 y 706. Los tres tipos poder legítimo de Weber son explicados por Bobbio de la siguiente manera: “Los tres tipos puros o ideales de poder legítimo son, de acuerdo con Weber, el poder tradicional, el poder legal-racional y el poder carismático. (...): en el poder tradicional el motivo de obediencia (...) es la creencia en la sacralidad de la persona del soberano, sacralidad que deriva de la fuerza de lo que dura, de lo que siempre ha sido y, en cuanto siempre ha sido, no hay razón para cambiarlo; en el poder racional, el motivo de la obediencia deriva de la creencia en la racionalidad del comportamiento conforme a las leyes, esto es, a normas generales y abstractas que instituyen una relación impersonal entre gobernante y gobernado; en el poder carismático, por la creencia en las dotes extraordinarias del jefe” (Bobbio, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad*. Op. Cit., pp. 126-127).

²⁷⁰ No por nada un autor como Carnelutti dirá lo siguiente: “Puesto que juzgar es necesario, hay que encontrar al hombre digno de juzgar. Todos los medios excogitados a este respecto para la elección del juez deben ser considerados desde este punto de vista. (...). El problema del juez se inserta, por tanto, en el problema del desarrollo de la personalidad, (...). El juez debería ser elegido entre aquellos que se encuentran en el punto más alto de este desarrollo. Nunca se darán suficientes cuidados para esta elección; ni para determinar en torno al juez un ambiente de bienestar y de prestigio, capaz de estimular a los mejores para desear tal oficio. Entre los factores de la personalidad merece tenerse grandemente en cuenta la cultura; pero otro tanto y más la moralidad, y sentiría ganas de decir, más simplemente, la bondad, aludiendo a la insuficiencia del pensamiento y por tanto a la necesidad del amor para dar al juez fuerza de ser el otro, de la cual verdaderamente depende su capacidad de juzgar” (Carnelutti, Francesco. *Derecho y proceso*. Op. Cit., p. 83).

²⁷¹ Recuérdese que, de acuerdo con Aristóteles, la aristocracia es el gobierno de “pocos”, en contraste con el de “uno” y con el de “muchos”, en el que gobiernan “los mejores en virtud”, desde que “una aristocracia consiste, ante todo, en que las dignidades estén distribuidas sobre la base de la virtud (pues el rasgo que define a la aristocracia es la virtud, [mientras que] a la oligarquía, la riqueza)” (Aristóteles. Op. Cit., pp. 173, 1293b y 175, 1294a).

²⁷² Weber, Max. *Economía y sociedad*. Op. Cit., pp. 193 y 711-712.

concreto. De alguna forma, pues, se confía en su poder intelectual, en su rectitud, en su imparcialidad, en su especial sentido de la justicia, etc. Que quede claro, no estoy diciendo que son infalibles, ni siquiera de que existe la creencia de que lo son, sino que esas especiales capacidades y aptitudes (que también se conocen como “virtudes”) que usualmente se le exigen a la persona que aspira a ocupar la posición de juez, de alguna manera, sirven para legitimar el futuro desempeño de su cargo. Si se está de acuerdo con esto, no cabe más que reconocer que la legitimidad de la función judicial tiene un fuerte componente “carismático” (por no decir determinante).

Y si ello es así, si es cierto que la legitimidad de los jueces, una vez superados los criterios procesales básicos, descansa en criterios carismáticos, entonces resulta (a) que realmente no hemos dejado atrás el modelo de judicatura que, en nuestra cultura jurídico-política, se asocia con la forma “carismática” de dominación: la denostada y despreciada “justicia de cadí”; y, por tanto, (b) que nuestro modelo de resolución de controversias se sigue basando exclusivamente en la voluntad del juzgador, en su buen juicio. ¿Esto quiere decir, entonces, que la Ley es irrelevante –incluso– en el marco de los contemporáneos procesos de decisión judicial? A responder esta pregunta, precisamente, está dedicado el tercer capítulo.

CAPÍTULO III

EL PROBLEMA DEL PAPEL DE LOS TEXTOS NORMATIVOS EN LA PRÁCTICA DE LOS JUECES

1. Carisma, justicia de cadí y textos normativos.

Recapitemos brevemente lo dicho hasta ahora. En el primer capítulo, se ha sostenido que los jueces, al actuar *siempre* sólo con discreción *en sentido fuerte* (es la conclusión a la que se llegó de haber adoptado la teoría escéptica de la interpretación jurídica), son –y siempre serán– un “Poder Judicial” en todo el sentido del término. De esta forma, se concluyó que a pesar de lo prescrito por la concepción tradicional sobre la democracia, *fácticamente* pueden imponer su propia voluntad frente a la de los órganos de representación popular (a la que supuestamente están –o deberían estar– sometidos). En el segundo capítulo, por su parte, se ha defendido que la idea de Estado constitucional de Derecho, tal cual está construida, posibilita que los jueces *de hecho* se constituyan en un poder aristocrático-autocrático y, en esa condición, participen del “gobierno del pueblo” (conjuntamente con los poderes representativos). Así, se concluyó que en el marco de esa concepción *sui generis* de “democracia”, la legitimidad de su actuación no descansa –ni puede descansar– en la idea de “sujeción estricta a la Ley” (formal o material), ni en los aspectos de la práctica judicial que supuestamente la presentarían como democrática. Siguiendo esa línea, el capítulo precedente se cerró planteando una idea provocadora: parece ser que *de facto* la obediencia a los jueces, en última instancia, se basa no en criterios racionales u objetivos de legitimidad (por ejemplo, el sometimiento al imperio de la Ley), sino en una serie de elementos “carismáticos” que generan la creencia generalizada de que la persona que ocupa la posición de juez posee especiales actitudes y aptitudes para desempeñar las funciones que se le han encomendado.

Pues bien, si todo lo dicho hasta ahora es correcto, aparece el siguiente problema: ¿qué papel cumplen –o *pueden* llegar a cumplir– los textos normativos en el marco de la función judicial? Es una cuestión relevante porque, desde una perspectiva también empirista, no es menos cierto que existen (y en abundancia), que forman parte de la cotidianidad de los gobernados (los utilizan para adoptar decisiones) y, como tal, que algún rol o papel están llamados a cumplir en la práctica usual de los aristócratas-autócratas llamados “jueces”. Esto es, que de una concepción realista del Derecho se desprenda que los jueces, en uso de su discreción fuerte, pueden optar por no someterse a los mismos (y, sobre todo, que pueden hacerlo sin ofrecer mayores explicaciones), no se sigue que antes de la decisión judicial no existe absolutamente nada (sostener esto no sería compatible con el *empirismo* que alimenta al mismo realismo jurídico¹). Y es que afirmar que los textos normativos *realmente* no le

¹ No está de más recordar que, como explica Casanovas, el realismo jurídico en el plano epistemológico se caracteriza por defender posiciones antimetafísicas, empiristas y prácticas. Cfr. Casanovas, Pompeu.

imponen límite cognoscitivo alguno a los jueces, ni sirven para evaluar su legitimidad, no supone a su vez sostener que *de hecho* no existen. Por tanto, la reflexión en torno al modelo de juez deseable y viable, en el marco de los Estados constitucionales de Derecho contemporáneos, no puede pasar por alto este dato fáctico. Es por ello que, en el presente capítulo, se intentará responder las siguientes preguntas: (i) cómo operan en el razonamiento práctico de los jueces (si es que lo hacen), (ii) cuáles son los factores que empíricamente condicionan su grado de *adhesión* efectiva a los mismos y, en ese marco, (iii) cuándo pueden considerar como “justificado” alterar o incluso alejarse completamente del significado que transmiten (de ser posible su conocimiento claro está). En síntesis, se espera determinar cuál es la consideración debida que *razonablemente* se les puede exigir a los jueces darle a los textos normativos.

A los efectos de subrayar las dimensiones del problema que se quiere abordar, es indispensable retomar la tesis con la que se cerró el capítulo precedente; esto es, que un estudio empírico sobre *el porqué* de la obediencia generalizada a los jueces (es decir, su legitimidad) irremediablemente llevaría nuestra mirada a una serie de elementos carismáticos que, se quiera o no, hacen “confiable” su labor de *decir* Derecho (una tesis puramente descriptiva). Y es que, si esto es así, forzosamente se tiene que concluir que a pesar de la existencia empírica de los textos normativos, realmente no hemos dejado atrás el modelo de judicatura que, en nuestra cultura jurídico-política, se asocia con la idea de dominación carismática: la vilipendiada y despreciada “justicia de cadí”; es decir, aquel modelo de resolución de controversias que supuestamente prescinde de cualquier parámetro externo o ajeno a la siempre imprevisible y caprichosa voluntad del juzgador. En tal sentido, el problema que se quiere abordar en este capítulo, se puede re-plantear en los siguientes términos: si los textos normativos empíricamente existen pero, también desde una mirada empírica, su presencia al parecer no ha alterado en nada el carácter de cadí de nuestra judicatura contemporánea, entonces ¿por qué –o para qué– existen? Esta pregunta es relevante porque, más allá de cualquier prescripción jurídico-política, es un hecho que en los contemporáneos Estados constitucionales de Derecho los órganos de representación popular también tienen Poder (tal como se demostró en el capítulo II) y, por tanto, que los *productos* o *resultados* de sus deliberaciones (es decir, los textos normativos) algún tipo de incidencia *práctica* deben tener². Esto quiere decir, entonces, que la pregunta a ser resuelta en este capítulo es cómo se compatibilizan –o pueden compatibilizar– *de hecho* la subsistente “justicia de cadí” con la contemporánea

“El realismo jurídico norteamericano: introducción”. En: *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Pompeu Casanovas y José Juan Moreso (editores). Barcelona: Crítica, 1994, p. 240.

² Recuérdese que, como se señaló en el punto 2.3.2 del capítulo II, una de las tesis defendidas en esta investigación es que, en los Estados constitucionales de Derecho, el “gobierno del pueblo” es la resultante de un proceso en el que intervienen tanto órganos representativos (el Parlamento) como no representativos (el Judicial) que conjuntamente, se asume, expresan la voluntad popular.

presencia de “textos normativos”. Pero vayamos despacio, ¿es cierto que nuestros jueces siguen siendo *cadíes*?

1.1 Legitimidad carismática pura y la llamada “justicia de *cadí*”.

Responder esta pregunta, lógicamente, requiere determinar previamente qué se entiende actualmente con la expresión “justicia de *cadí*”. Ésta es, pues, la primera cuestión a ser resuelta. Y ello, a su vez, exige que nos preguntemos de qué forma se resolvían las controversias *antes de* que los jueces compartieran el gobierno con los legisladores; es decir, cuando no había “estándares normativos legislativos”.

Tal como señala Recaséns, “el juez es un componente esencial e imprescindible del orden jurídico positivo. Tanto, que hay órdenes jurídicos, como los primitivos, sin legislador; pero no puede haberlos sin órganos jurisdiccionales”³. Es decir, si bien es posible una sociedad sin *legislador* y sin *legislación*, es imposible imaginarnos alguna en la que no hubiera “alguien” con el poder de solucionar los conflictos interpersonales propios de la condición humana y de la vida en sociedad. ¿Y sobre la base de qué se resolvían las controversias en ese entonces? Weber explica que el desenvolvimiento del Derecho, en sus orígenes, se basaba únicamente en “la revelación carismática a través de *profetas jurídicos*”⁴. Es por ello que, según el mismo Weber, la característica elemental de la justicia administrada por esos *profetas carismáticos*, era que “(...) no reconoce principios y reglamentos abstractos, (...). Su derecho “objetivo” es el resultado concreto de la vivencia personal de la gracia celestial y de la heroica fuerza divina. Significa así la exclusión de la vinculación a todo orden externo (...), invirtiendo todos los valores y rompiendo absolutamente con toda norma tradicional o racional: (...). La forma carismática específica de la solución de las querellas consiste en la revelación por los profetas o por el oráculo, así como por el arbitraje “salomónico” de un sabio carismáticamente calificado (...)”⁵.

Esos *profetas*, pues, no basaban sus decisiones en algún tipo de regla abstracta y general, de público conocimiento, establecida *de antemano* mediante algún procedimiento de positivización (como se supone que hacen los jueces ahora)⁶. Es decir, en ese marco, los textos normativos no cumplían ninguna función, o bien porque

³ Recaséns Siches, Luis. *Nueva filosofía de la técnica jurídica*. México DF: Coyoacán, 2012, p. 39. Esta idea pone en entredicho la afirmación de Hart de que en los Derechos primitivos tampoco habían reglas de adjudicación. De hecho, se podría sostener, siguiendo a Recaséns, que las reglas de adjudicación son hechos sociales que empíricamente hablando preceden a la regla de reconocimiento.

⁴ Weber, Max. *Economía y sociedad*. Op. Cit., pp. 649.

⁵ Ibid., p. 851.

⁶ Que no hubieran criterios generales previamente positivizados (legislación, precedentes, etc.), no quiere decir que dichos profetas no utilizaban “criterios generales” de ningún tipo para justificar sus decisiones. Y es que Shapiro, en su excelente trabajo “Courts: a comparative and political analysis”, me parece que demuestra que incluso en aquellas sociedades donde la legislación era escasa (como en el Derecho islámico), los jueces se veían forzados a fallar recurriendo siempre a criterios generales (desde luego, creados por ellos mismos). En tal sentido, me parece que se puede afirmar que el basarse en estándares genéricos, sean los que sean, es inherente a la idea de juzgar (Cfr. Shapiro, Martin. *Courts: a comparative and political analysis*. Op. Cit., Cap. I y V).

no existían, o bien porque eran completamente irrelevantes. A fin de apreciar cómo operaban, como sugiere Weber, veamos el famoso caso que tuvo que afrontar –y resolver sin echar mano a legislación alguna– el bíblico rey Salomón. En el relato del suceso, se destaca cómo el mencionado personaje solucionó la controversia (determinó quién era la madre) apelando, no a la existencia de alguna legislación en particular, sino a su reconocida “sabiduría” que, en su caso, consistió en efectuar una artimaña: amenazar con cortar al niño en dos asumiendo que la madre real (esto es, la biológica) jamás aceptaría semejante “solución” y, por tanto, preferiría renunciar al niño antes que verlo desangrado⁷. Es decir, para resolver el caso singular puesto ante sus ojos, como subraya Schauer, no consultó ningún libro de leyes ni indagó por la existencia de alguna regla positiva que le dijera, en tanto juez, qué debía hacer en casos de maternidad controvertida. Llegó a la mejor solución, para ese problema único y particular, sin referirse a ninguna regla positiva preexistente. No siguió, pues, legislación alguna. Simplemente, hizo lo correcto⁸.

Todo parece indicar, por consiguiente, que en los tiempos antiguos la idea de “legislación” era intrascendente porque: (i) lo verdaderamente relevante, eran las *soluciones* particulares y, encontrarlas, era responsabilidad de aquel que gobernaba; y (ii) la fuente de los fallos no era alguna clase de regla positiva, abstracta y general, preexistente al acto de juzgar (esto es, la Ley o algo parecido), sino el “buen juicio” del juzgador para hallar la solución justa para el caso de autos. Es decir, si los gobernados se adherían a los gobernantes era porque confiaban en su “criterio” para hallar “las respuestas” que resolvieran los conflictos interpersonales (esa “sabiduría” que sólo a Salomón –y a nadie más– se le atribuía), sin importar si lo hacían –o no– recurriendo a un mecanismo específico. En ese entonces, se resolvían los conflictos, uno por uno, cada vez que se presentaban y, sobre todo, sin arreglo a algún tipo de *estándar legislativo general* (no por nada recaía en el gobernante la tarea de “juzgar”⁹). El Derecho de aquella época consistía en la sumatoria de las *decisiones individuales* producidas *ex nihilo* y nada más¹⁰. Lo único que importaba eran las soluciones y no el

⁷ Cfr. 1-Reyes 3, versículos 16-28.

⁸ Cfr. Schauer, Frederick. *Pensar como abogado: una nueva introducción al razonamiento jurídico*. Traducción de Tobías J. Schleider. Madrid / Barcelona / Buenos Aires / Sao Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 132. En mi opinión, si bien es cierto que Salomón no utilizó ninguna “regla positiva general” (porque no habían), es dudoso que no haya seguido ningún “criterio general” para apoyar su fallo. Y es que, como se verá más adelante (en el punto 4), si como dice Schauer entendemos que hizo lo correcto, es porque precisamente se dejó llevar por un “criterio general” sumamente razonable (en ese entonces “no-positivo”), a saber, el que dice que “la relación de filiación de todo niño *debe ser* con su madre biológica”; criterio que, por lo demás, era conocido y compartido por las mujeres litigantes (si cada una de ellas reclamaba ser la madre biológica, es porque precisamente entendían que “la relación de filiación de todo niño *debe ser* con su madre biológica”).

⁹ Este dato es interesante porque nos indica que, en aquella época, no estaban separadas las funciones de ejecutar y de juzgar y, por tanto, que tampoco existía lo que hoy se conoce con el nombre de “división de poderes”.

¹⁰ Desde luego, siempre cabe la posibilidad de preguntarse si el Derecho de aquella época era *realmente* Derecho. Y es que, desde la perspectiva de Fuller, no debería ser denominado como tal porque, si bien es cierto resolvía problemas, no lo hacía por medio de reglas positivas *generales, públicas, no retroactivas, claras o entendibles, coherentes entre sí, posibles y estables*; esto es, no cumplía con ninguna de las condiciones que él denomina “Moral Interna del Derecho” y que, en su lógica, de fallar cualquiera de ellas “does not simply result in a bad system of law; it results in something that is not properly called a legal

ropaje en la que venían envueltas. Y, precisamente, esta manera carismáticamente legitimada de administrar justicia (la de Salomón), en la que los textos normativos no juegan ninguna función (porque lo relevante es el “buen juicio” del juzgador), es la que nos ha llegado con el nombre de “justicia de cadí”.

Efectivamente, tal como explica Weber, es en la actuación de los profetas carismáticos, en la forma como afrontaban la resolución de los conflictos, donde “radica la verdadera *Justicia del Cadí*, en el sentido proverbial y no histórico de la frase”; es decir, aquella que “es en su forma pura la extrema contraposición a la vinculación formal y tradicional” (la cursiva es del autor)¹¹. Esto es, con la expresión “justicia de cadí”, no se alude al histórico juez oriental llamado “cadí” (un dato importante como se verá en un momento), sino a cualquier tipo de judicatura cuyas decisiones sean *imprevisibles* por basarse, no en reglas positivas, abstractas y generales, preexistentes al acto de juzgar (es decir, textos normativos), sino exclusivamente en la voluntad del juzgador, en su “buen juicio” (aun cuando el mismo pudiera manifestarse en la forma de criterios *generales o generalizables*)¹². Es por eso que, para Weber, “a la justicia racional a base de nociones jurídicas rigurosamente formales [tal como los textos normativos] se opone una especie de justicia que (...) soluciona el caso concreto (...) de un modo no formal y de acuerdo con juicios de valor éticos concretos o de otra índole práctica: la “justicia de Cadí” (...)”¹³. En la lógica de Weber, es la incertidumbre la que caracteriza a la justicia de cadí y, por tanto, la que la hace incompatible con “la peculiaridad de la cultura moderna, especialmente su subestructura técnico-económica”, que “exige (...) previsibilidad o calculabilidad del resultado”¹⁴.

system of law” (Fuller, Lon L. *The morality of law*. New Haven/London: Yale University Press, 1969, 2da edición, pp. 38-39). Desde que el objetivo de este punto tan sólo es describir cómo se resolvían los conflictos interpersonales cuando no existían Leyes, no voy a entrar en esta discusión. Sobre la posibilidad de aceptar la moralidad interna del Derecho desde la defensa de la tesis de la separación conceptual entre Derecho y Moral, Cfr. Escudero Alday, Rafael. *Positivismo y Moral interna del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 231-319.

¹¹ Weber, Max. *Economía y sociedad*. Op. Cit., p. 851.

¹² Esto explica porque Weber, a lo largo de su obra, identifica con la “justicia de cadí” a supuestos que poco tienen que ver con la figura histórica del cadí, tales como los tribunales teocráticos y patriarcales de administración de justicia del mismo occidente. Sobre los primeros, por ejemplo, dirá que consistían “no tanto [...] las normas positivas del Derecho sagrado como al carácter “conviccional” de su administración de justicia. Ésta se orienta a la justicia “material”, (...). Por ello juzga en gran medida, (...), de acuerdo con consideraciones concretas de equidad, (...), sustrayéndose de este modo a las probabilidades de cálculo (“justicia de Cadí”)” (Weber, Max. *Economía y sociedad*. Op. Cit., p. 615). Y, en relación con los segundos, explicará que “el patriarca, lo mismo que el señor patrimonial, rige y decide según principios de la “justicia del Cadí”, o sea: ligado estrictamente por una parte de la tradición, pero, por la otra y en la medida en que dicha vinculación deja libertad, de acuerdo con puntos de vista jurídicamente informales e irracionales de equidad y justicia en cada caso particular y, además, con consideración de la persona” (Weber, Max. *Economía y sociedad*. Op. Cit., p. 710).

¹³ Weber, Max. *Economía y sociedad*. Op. Cit., pp. 732-733. Para Shapiro, Weber utiliza la expresión “justicia de cadí” tan sólo como un *recurso retórico* (“figure of speech”), “in order to dramatize the contrast between rational-legal judicial decision making and highly particularized decision making based on religious inspiration”; esto es, “Weber was not summarizing empirical findings about the actual behavior of real Kadis” (Shapiro, Martin. *Courts: a comparative and political analysis*. Chicago /Londres: The University of Chicago Press, 1981, p. 194).

¹⁴ Weber, Max. *Economía y sociedad*. Op. Cit., p. 732.

Esa es la razón que explica por qué, a nosotros, nos ha llegado una imagen sumamente negativa de la idea de “justicia de cadí”: por prescindir de cualquier elemento externo o ajeno a la propia voluntad del juzgador (especialmente, de las reglas positivas), esto es, por basarse en su particular manera de entender “lo justo” o “lo correcto” (según lo señalado por Weber), ha sido vinculada con las nociones de incertidumbre, irracionalidad y, peor aún, venalidad¹⁵. Como dice el mismo Weber, en nuestra cultura jurídico-política, se tiende a ver en ella “la probabilidad de un árbitro absoluto y una inconsistencia subjetiva”¹⁶. Por ejemplo, Roscoe Pound sostuvo –el año 1905– que la misma simplemente consistía en la administración de justicia por un cadí, sentado en las puertas de las ciudades, según “el estado de su digestión en cada momento”¹⁷. Peor, incluso, es la descalificación que de la justicia de cadí, actualmente, hace un autor como Laporta: “recordemos qué tipo de decisor está presente en el modelo de justicia de Cadí. Se trata (...) de un ser con unas cualidades personales mágicas, incluida a veces la de la infalibilidad (...). Estamos en presencia de un juzgador que tiene un acceso privilegiado y superracional a los fondos de verdad y corrección en los que se esconden las soluciones de los casos. (...). En definitiva, frente a la noción de un juzgador que deja pasar a través de sí pautas que son anteriores y superiores a él [como el texto de la Ley], y que, por lo tanto, le hacen irrelevante como fuente de la decisión [porque la fuente es el texto de la Ley], el Cadí es sobre todo una agencia de poder dotada de un haz de cualidades sin las cuales la decisión correcta no sería alcanzada. Este carácter mágico, mítico, irracional en suma, produce en la realidad que los jueces de estas características sean a menudo venales”¹⁸.

Como se puede apreciar, en la cultura jurídica contemporánea, la idea de justicia carismática (o de cadí) se encuentra sumamente desprestigiada. A pesar de que su tipo ideal son los “juicios salomónicos”¹⁹, hoy por hoy, es sinónimo de “la emisión de

¹⁵ Shapiro explica que la imagen weberiana del cadí tiene su origen en los siguientes tres aspectos del Derecho islámico: (i) contiene escasas reglas generales y, como tal, “is often highly particularized”; (ii) establece no sólo lo que es legal o ilegal, sino “also of what is morally good, better, and best”; y (iii) generalmente no habilita la posibilidad de apelar los fallos, de forma que “the judgment of the kadi is usually final”. Estos tres aspectos, vistos desde la perspectiva occidental, “tend to create a picture of the kadi as deciding each case just as he pleases based on the particular moral claims of the litigants without the need to rationalize his decision on the basis of any general body of law” (Shapiro, Martin. *Courts: a comparative and political analysis*. Op. Cit., p. 195).

¹⁶ Weber, Max. *Economía y sociedad*. Op. Cit., p. 606.

¹⁷ Sus palabras exactas fueron: “(...) all the circumstances of modern life draw us to the strictly legal side, and the judge, bound hand and foot by a code and the maxim that that law is best which leaves least to the discretion of the judge, is our natural goal, not the oriental cadí administering justice at the city gate by the light of nature tempered by the state of his digestion for the time being” (Pound, Roscoe. “The Decadence of Equity”. En: *Columbia Law Review*, Vol. 5, No. 1, 1905, p. 21).

¹⁸ Laporta, Francisco. *El imperio de la Ley: una visión actual*. Madrid: Trotta, 2007, pp. 114-115. Esta descripción hecha por Laporta –y la de Roscoe Pound desde luego– es una muestra de la percepción seriamente distorsionada que, según Shapiro, se tiene en “occidente” de las cortes islámicas. Y es que, en nuestra literatura jurídico-científica, “the term [justicia de cadí] evoked the image of a somewhat scruffy Muslim holy man sitting under a tree and deciding cases on a purely ad hoc basis as the morality or equities of the conflict struck him. Kadi justice was to be contrasted with justice dispensed by a Western judge deciding cases according to preestablished, general legal rules rather than his moral or religious impulses of the moment” (Shapiro, Martin. *Courts: a comparative and political analysis*. Op. Cit., p. 194).

¹⁹ Weber, Max. *Economía y sociedad*. Op. Cit., p. 626.

(...) fallos [...] cuando no se halla[n] mágicamente condicionad[os], se orienta[n] no de acuerdo con criterios formales, sino materiales y, por ende, constituye[n], desde el punto de vista de las “expectativas” de orden formal o económico, una justicia intensamente irracional”²⁰. Y es que si, como explica Tarello, los Estados contemporáneos son cultural y políticamente percibidos como la plasmación de la weberiana “dominación racional” y, sobre todo, ésta se concibe como “el poder que se funda sobre reglas y que se expresa exclusivamente por medio de reglas”²¹; entonces, difícilmente se podrá aceptar que exista dentro del mismo alguna autoridad (o poder) cuya legitimidad, en última instancia, descansa en criterios carismáticos. No es admisible, en nuestra cultura jurídica y política, la presencia de la “dominación carismática” o, lo que es lo mismo, de un poder que empíricamente “no tiene alguna relación con el derecho tanto en el sentido de que no se funda en reglas, como en el sentido de que no se expresa mediante reglas”²². La existencia de un decisor imprevisible, irracional y potencialmente venal, simplemente va en contra de los presupuestos de nuestra cultura jurídica. Y si ello es así, resulta evidente que cuando se rechaza lo que la “justicia de cadí” supuestamente representa, realmente se está negando no su existencia fáctica, sino su compatibilidad con determinados presupuestos ideológicos.

1.2 La subsistencia empírica de la justicia de cadí: ¿y los textos normativos?

Queda claro, entonces, que cuando se rechaza la justicia de cadí realmente se descarta su *conveniencia* en el plano prescriptivo (el deber ser) pero, a falta de una indagación empírica, no su existencia y continuidad en el plano descriptivo (el ser), ni mucho menos si es fácticamente posible erradicarla por completo (el poder ser). Y, a este respecto, es necesario recordar lo que Jerome Frank, en el marco de su debate con Dickinson, dijo sobre la “justicia de cadí”.

Como se sabe, Frank sostenía que dada la “irremediable humanidad” de los jueces, todo su pensamiento y, por ende, sus decisiones iban a estar indefectiblemente condicionados por sus antecedentes e historia personal y, desde luego, su personalidad²³. El elemento personal, para él, tenía una relevancia central en el proceso de decisión judicial y, sobre todo, era imposible de eliminar (por la

²⁰ Weber, Max. *Economía y sociedad*. Op. Cit., p. 627. La negación de la justicia de Cadí, para Weber, es también una exigencia de la economía capitalista que, en su opinión, “necesita para su existencia una justicia y una administración cuyo funcionamiento pueda calcularse racionalmente, por lo menos en principio, por normas fijas generales con tanta exactitud como puede calcularse el rendimiento probable de una máquina”; y, por tanto, de un sistema “donde el juez, como en el Estado burocrático con sus leyes racionales, es más o menos un autómata de párrafos, al que se le dan desde arriba los autos, con los costos y las tasas, para que emita hacia abajo la sentencia con sus fundamentos más o menos concluyentes, es decir, en todo caso, un funcionamiento que en conjunto puede calcularse” (Weber, Max. *Economía y sociedad*. Op. Cit., pp. 1061-1062).

²¹ Tarello, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*. Traducción de Isidro Rosas Alvarado. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 136.

²² Tarello, Giovanni. Op. Cit., p. 135.

²³ Cfr. Frank, Jerome. “Are judges human?” En: *University of Pennsylvania Law Review*, Nov. 1931, p. 24.

“irremediable humanidad” de los jueces)²⁴. Pues bien, desde que Dickinson (que era discípulo de Pound) y sus seguidores negaban radicalmente este planteamiento, sostuvieron como argumento definitivo en contra del mismo que, con ello, Frank “perseguía” el retorno del modelo de la justicia de cadí; es decir, de aquel modelo de juez de los países mahometanos que, según ellos, decidía los casos de acuerdo con sus “caprichos pasajeros”²⁵. Por supuesto, como oportunamente aclaró Frank, jamás sostuvo que había que regresar a aquel modelo. Primero, porque demostró que esa era una manera vulgar e interesada de presentarlo; y, segundo, porque desde su punto de vista los jueces de su tiempo (y probablemente también los de ahora), en el fondo, seguían siendo los “cadíes” que Pound, Dickinson y sus seguidores despreciaban.

En efecto, de acuerdo con Frank, de una breve investigación sobre qué era realmente el cadí y cuál era su función, se demuestra que dicho modelo de justicia estaba muy lejos de ser venal o caprichoso (al menos, en el plano prescriptivo). Y es que, en las comunidades musulmanas donde operó, explica Frank, existía la obligación general de resolver las disputas conforme al Derecho islámico (es decir, la Sharia) y, precisamente, era deber de los gobernantes designar a un “cadí” con el fin de que resuelva las controversias particulares según dichos estándares pre-existentes al acto de juzgar (y, por supuesto, no conforme a sus “caprichos”). Pero no sólo eso, dado que debía cumplir una función sumamente importante, para ser cadí había que satisfacer una serie de calificaciones y virtudes personales dirigidas a presentarlo ante la comunidad como el más idóneo para ese cargo (de ahí el carácter carismático del modelo), tales como ser hombre, libre, adulto, musulmán, inteligente, de carácter irrefutable, capaz de ver, escuchar y escribir, docto en el Corán, las tradiciones, los acuerdos, las diferentes escuelas jurídicas, familiarizado con la gramática árabe y la exégesis del Corán, etc. Además, debía mantener una estricta actitud imparcial y, por tanto, no le estaba permitido recibir regalos de la gente de su comunidad, ni involucrarse en ningún negocio²⁶. Claramente, Frank demostró que cuando sus opositores hablaban del cadí realmente no tenían idea de lo que dicha figura representaba: un sabio, reconocido como tal, que operaba como si fuera “la boca muda” de la Sharia²⁷.

²⁴ Cfr. Frank, Jerome. “Are judges human?” Op. Cit., p. 23.

²⁵ Cfr. Ibid., p. 24. Del mismo modo, Cfr. Dickinson, John. “Legal rules: their function in the process of decision”. En: University of Pennsylvania Law Review, May. 1931, p. 845, foot note 32.

²⁶ Cfr. Frank, Jerome. “Are judges human?” Op. Cit., pp. 24-25. Estas cualidades *reales* del cadí contrastan radicalmente con la imagen que de él se tiene en “occidente”: “the word kadi suggested a half-literate, tattered, corrupt, fat man in a fez acting with complete arbitrariness amidst the ruin of a failing Oriental despotism”; imagen que, en opinión de Shapiro, fue fácilmente generalizada “because it appealed to a set of Western prejudices, and particularly central European ones” (Shapiro, Martin. *Courts: a comparative and political analysis*. Op. Cit., p. 194).

²⁷ Resulta sumamente curiosa, por decir lo menos, la manera vulgar e interesada de presentar al cadí que, en el ámbito de la Teoría del Derecho, ha llegado a nuestros días. Y es que, desde la Historia, se resalta el enorme prestigio y autoridad moral que dicha figura tenía por ejemplo en la España musulmana (al-Andalus). Ello era así porque, como explica Arié: “Se exigía a los jueces andaluces [los del reino nasrí] cualidades morales y un profundo conocimiento del derecho canónico; para ser apreciado por el soberano, el cadí debía dar muestras de valor, ecuanimidad, firmeza, elocuencia y respetabilidad en el

Pero no sólo eso, frente a la idea de “justicia de cadí” que se ha transmitido a occidente (abiertamente deformada), la tesis que defendió Frank no era que debía retornar sino que: (i) jamás se dejó de lado y (ii) nunca se podrá ir más allá de la misma. No era, pues, un planteamiento prescriptivo sino simplemente descriptivo. Y sostuvo eso porque identificó que se recurría a la figura deformada del cadí para deplorar la existencia irremediable del elemento personal –y su lugar preponderante– en el proceso de decisión judicial. Es decir, lo que a sus opositores les desagradaba y/o le temían, es a lo que le llamaban “justicia de cadí”. Y, por supuesto, si alguien sostenía que el elemento personal es *inevitable* en las decisiones judiciales (por la irremediable humanidad del juzgador), ellos le respondían imputándole el querer incrementar la arbitrariedad o el poder caprichoso del individuo llamado “juez” y, como tal, el perseguir la eliminación de las salvaguardas existentes en el proceso judicial para “evitar” esos males²⁸. Desde luego, Frank se percató que tal “contra-argumento” confundía los juicios de hechos con los juicios de valor o, lo que es lo mismo, los juicios sobre la existencia de algo con aquellos sobre su deseabilidad. De esta forma, según Frank, se evitaban las preguntas realmente importantes: (i) ¿alguna vez se abandonó el modelo que se deplora?, y (ii) ¿empíricamente se podría ir hacia un modelo “despersonalizado” de administración de justicia?²⁹ Y, por supuesto, la respuesta de Frank fue que la evidencia empírica era abrumadora al presentar el sistema judicial estadounidense de ese entonces (y presumo que también el de ahora), como un sistema encubierto de la mal llamada “justicia de cadí”.

Primero, porque el sistema del “jurado” es el mecanismo del cadí llevado al extremo, en el que se utiliza doce caóticos cadíes *legos* en lugar de uno solo y *versado* (advuértase que en la justicia de cadí real el juez debía ser docto en el Derecho islámico) y, peor aún, en el que los caprichos, la ausencia de regulación y la autoridad discrecional son absolutamente determinantes³⁰. Segundo, porque aun cuando se tuviera el sistema más rígidamente exacto de reglas, resolver cualquier disputa requiere previamente fijar cuidadosa y conscientemente los hechos y, a pesar de lo que esperarían Pound y Dickinson, dicha tarea incluso en cabeza de un único juez,

ejercicio de sus funciones (...). También debía tener un talante equilibrado y sagacidad (...). Los repertorios bibliográficos están llenos de elogios sobre la probidad del juez andaluz y sobre su tendencia al ascetismo. El juez andaluz se caracterizaba por la sencillez de sus costumbres y de sus relaciones con sus justiciables. (...). Musulmanes modelos, algunos grandes cadíes aceptaron la judicatura tras detenida reflexión. (...). Los escritores andaluces han alabado la franqueza de expresión del cadí. (...), valiéndose de su prestigio como jefe religioso, le recordaba al soberano nasrí sus obligaciones en tanto jefe de la comunidad musulmana. El respeto que inspiraba el juez andaluz al bajo pueblo del reino queda reflejado en las numerosas anécdotas dispersas por diversos repertorios biográficos andaluces y orientales. En ellos, el cadí “piadoso y compasivo por naturaleza” (...), aparece como el defensor de débiles y oprimidos frente a los aristócratas; y los fallos que pronunciaba se inspiraban en la estricta justicia de Allah” (Arié, Rachel. *España musulmana (siglos VIII-XV)*. Barcelona: Labor, 1982, pp. 92-94). No parece ser cierto, pues, que el histórico cadí haya sido un caprichoso y venal juez que resolvía controversias según el estado de su ánimo después de haber comido.

²⁸ Cfr. Frank, Jerome. “Are judges human?” Op. Cit., pp. 25-26.

²⁹ Cfr. Ibid., pp. 26-27.

³⁰ Cfr. Ibid., pp. 27-28.

implica efectuar una serie de inferencias y evaluaciones no regladas, especialmente de la prueba testimonial. El juez, pues, es a su vez un testigo de testigos y, en esa condición, sigue siendo un “cadí”³¹. Y, finalmente, porque la gran mayoría de casos (podría decirse que los “ordinarios”) concluye con una decisión de los jueces de primera instancia, que es el resultado de un proceso sumamente lacónico, en el que no se menciona –o justifica– por qué se aplica una regla en lugar de otra. Si, en ese contexto, hacen caso omiso de ciertas disposiciones, siendo en la lógica de Pound y Dickinson culpables de “pervertir el Derecho” o de distorsionar los “hechos” a fin de “evadir la necesaria aplicación de una regla que sería aplicable de otro modo”, ¿no se estarían comportando como el cadí despreciado? Pero, ¿y las Cortes superiores?, ¿no hay razones para pensar que en esa instancia el elemento personal es marginal? Nuevamente, Frank sostuvo que la despreciada justicia de cadí, en los tribunales superiores, también se manifestaba: a) en la determinación de los hechos; b) en su forma de decidir las causas que, normalmente, consistía en establecer primero la consecuencia y, luego, acomodar los “hechos” y las “reglas” de forma que su decisión final aparezca como justificada; y c) en la vaguedad y multiplicidad de reglas que los obliga a elegir discrecionalmente³².

Por todo esto, Frank llegó a la conclusión de que el sistema judicial de su tiempo estaba “impregnado hasta la médula” con la despreciada justicia de cadí y, sobre todo, de que no había forma de evitarlo. Para él, sostener que el “elemento personal” no existe en los procesos judiciales supone describir un mundo judicial irreal. Lo sabio, desde su perspectiva, era aprender de lo fáctico y no rehuir de ello. De esta forma, nunca defendió la “regresión” a la justicia de cadí porque, simplemente, ésta nunca se fue. Para él, un planteamiento como ese sería un sinsentido, tal como proponer la regresión a la “mortalidad” o a la “respiración”. Lo que él enfáticamente sostuvo fue que en todo sistema jurídico, por más que se intente ocultar, está activa la justicia de cadí (tal como se le ha entendido en occidente). Y, precisamente, no poner de manifiesto esto bloquea la comprensión de nuestros propios sistemas jurídicos. Hay, pues, que sacar a la luz su propia naturaleza y, como tal, se le podrá utilizar de forma más eficiente y, eventualmente, podrá ser mejorada³³. De esta forma, siguiendo la lógica de Frank, lo que debemos hacer es preguntarnos si, en nuestros contextos jurídicos, la justicia de cadí realmente ya dejó de existir y, en caso negativo, si es posible siquiera dejarla en el pasado. No está de más resaltar que si empíricamente se demuestra que los jueces de hoy continúan siendo los cadíes del ayer, entonces habrá que reconocer que su legitimidad descansa –y sólo puede descansar– indefectiblemente en criterios carismáticos.

¿Y qué es exactamente lo que habría que demostrar? Simplemente aquello que caracteriza a la noción deformada de “justicia de cadí”, esto es, que las decisiones

³¹ Cfr. Frank, Jerome. “Are judges human?” Op. Cit., p. 28.

³² Cfr. Ibid., p. 29.

³³ Cfr. Ibid., p. 31.

judiciales aún hoy son *imprevisibles* por basarse, no en reglas positivas, abstractas y generales, preexistentes al acto de juzgar (es decir, en textos normativos), sino exclusivamente en la voluntad del juzgador, en su “buen juicio” (lo que, desde esta perspectiva, las convierte en *irracionales*)³⁴. Y desde que en la primera parte se ha demostrado que la tesis escéptica de la interpretación judicial es correcta y, por tanto, que los jueces actúan siempre con discreción en sentido fuerte³⁵, entonces solamente queda aceptar que nuestros jueces, a pesar de lo sostenido en el plano prescriptivo, siguen siendo los despreciados *cadíes* de antaño. Ello es así porque, si no existen –ni pueden existir– reglas positivas, abstractas y generales, que realmente constriñan el proceso de interpretación judicial de los textos normativos (como se demostró en la primera parte), los jueces tendrán plena autonomía para asignarles cualquier significado (según su “buen juicio”) y, de esta forma, fijar la “norma jurídica” que a su criterio resuelve la controversia. Desde el punto de vista escéptico, dado el carácter “irremediabilmente humano” de los jueces, el proceso de decisión judicial sigue y seguirá siendo un acto puro de la voluntad. Por consiguiente, desde la perspectiva de los textos normativos, sus fallos siempre serán imprevisibles e irracionales. Son, pues, *cadíes*.

Desde luego, se puede discrepar de la mirada realista, pero no debe perderse de vista que si se asume la tesis intermedia de la interpretación judicial³⁶, se tendrá que aceptar al menos que cuando estamos en la “zona de penumbra” o se presenta una “laguna normativa” (esto es, un caso no regulado), el juez tendrá que actuar tal cual el denostado *cadí*; es decir, sin tomar en cuenta ninguna regla abstracta y general que le señale la solución correspondiente para el caso en cuestión (simplemente porque no existe) y, por tanto, tendrá que resolver la controversia según los dictados de su “buen juicio”. En estos supuestos, como se ve compelido a actuar discrecionalmente (según la propia tesis intermedia), la decisión que finalmente adopte será absolutamente imprevisible e irracional. ¿Y la tesis de la determinación mínima? No voy a reiterar las razones por las cuales considero que es errónea³⁷, simplemente señalaré que desde que sostiene la existencia de un marco interpretativo del cual el juez no es libre de salirse, sí presupone un importante grado de previsibilidad: en su lógica, teóricamente podrían predecirse y calcularse todas las decisiones que el juez no adoptará, en función del número de interpretaciones que el “marco” excluye (el límite cognitivo que dicha teoría defiende); aunque, eso sí, jamás se podrá prever cuál será su elección final (el aspecto volitivo que la teoría acepta). Esto es, aunque acota la discrecionalidad, tampoco desaparece la imprevisibilidad de la decisión final. Para la tesis de la determinación mínima, el juez también es un *cadí*.

³⁴ Más adelante, en los puntos 2.2.3, 3.2.2.3 y 3.3.3 de este capítulo, se sostendrá que el “buen juicio” del juez es lo que Ross llamó “conciencia jurídica material”, la misma que se manifiesta en el momento que Raz denomina “razonamiento jurídico según el Derecho”.

³⁵ Cfr. Punto 4.2 del capítulo I.

³⁶ Cfr. Punto 3.2 y 4.2.2 del capítulo I.

³⁷ Cfr. Punto 3.3 y 4.2.2 del capítulo I.

Así, pues, la única manera de rechazar la subsistencia empírica de la “justicia de cadí”, es afirmando que la interpretación judicial siempre es un acto puro del conocimiento y, por tanto, que los jueces *de facto* son un poder nulo. Es decir, habrá que mantener alguna variante de la teoría cognitiva de la interpretación judicial, ya sea la sostenida por el positivismo decimonónico, ya sea la del postpositivismo contemporáneo³⁸. Pero, incluso dentro de esa perspectiva teórica, se tendrá que aceptar que nuestros jueces actúan como verdaderos cadíes al momento de fijar los hechos de la controversia. Efectivamente, en virtud del principio de la libre valoración de la prueba, comúnmente se acepta que la prueba de los hechos es una actividad no pautada por reglas legislativas³⁹ y, por tanto, siguiendo a Taruffo se puede decir que los jueces son libres para valorar los medios probatorios “caso a caso, siguiendo criterios no predeterminados, discrecionales y flexibles, basados esencialmente en presupuestos de la razón”⁴⁰. Vale decir, en palabras de Fairén, “no hay reglas que sujeten al juez ni le impongan conceder determinado valor a cualquier medio de prueba (o a alguno)”⁴¹. Y desde que el antiguo sistema de la prueba tasada, es decir aquel donde se establecen “reglas que, predeterminan, de forma general y abstracta, el valor que debe atribuirse a cada prueba”⁴², ha sido completamente dejado de lado; entonces, no cabe más que reconocer que incluso ese juez que supuestamente busca y descubre las soluciones preexistentes en el Derecho, actúa también como el despreciado cadí cuando de probar los hechos se trata. No debe perderse de vista que al tener total libertad para fijar los hechos probados, empíricamente tendrá también plena autonomía para *buscar* esa “respuesta jurídicamente correcta” y, como tal, “esta libertad absoluta podría llevar a resultados irracionales”⁴³. La imprevisibilidad, pues, también estará presente.

Pero no sólo eso, cualquiera que afirmé que la justicia de cadí ya no rige dentro de nuestros Estados contemporáneos, se encontrará con dos supuestos *oficiales* de “justicia de cadí” que, hoy por hoy, gozan de muy buena salud: la justicia de paz y los juicios por jurados. Al propio Weber le sorprendía que ya habiendo entrado en el siglo XX aún subsistiera, al lado de los tribunales de justicia modernos, una “forma

³⁸ Cfr. Punto 2 y 4.1 del capítulo I. De hecho, si Pound se oponía a la idea de “justicia de cadí” era porque, tal cual lo definió Hart, también era un “noble soñador” que creía que, incluso en los casos de indeterminación o inexistencia de las reglas, los jueces *no debían* “considerarse libres para legislar (...), ni siquiera de acuerdo a sus propias concepciones de la justicia o del bien común, sino que deben buscar en el sistema existente un principio o principios que individual o colectivamente le sirvan para explicar las reglas existentes con claridad y permitan obtener un resultado determinado para el caso concreto” (Hart, H.L.A. “Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”. Traducción de José Juan Moreso y Pablo Eugenio Navarro. En: *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Pompeu Casanovas y José Juan Moreso (editores). Barcelona: Crítica, 1994, pp. 338-339).

³⁹ Desde luego, determinar qué hechos son los que deben ser probados, sí es una actividad guiada por textos normativos. ¿Cuáles? Aquellos que el juez *discrecionalmente* considera que son los que le ofrecen una solución para resolver el caso puesto ante sus ojos. Al respecto, Cfr. Barranco Avilés, María del Carmen. *Derechos y decisiones interpretativas*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2004, pp. 30-34.

⁴⁰ Taruffo, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002, p. 387.

⁴¹ Fairén Guillén, Víctor. *Teoría general del Derecho procesal*. México DF: UNAM, 1992, p. 457.

⁴² Taruffo, Michele. Op. Cit., p. 387.

⁴³ Fairén Guillén, Víctor. Op. Cit., p. 457.

enteramente sumaria, (...) fuertemente patriarcal e irracional de tratamiento de todas las bagatelas cotidianas, en la jurisdicción de paz de Inglaterra, la cual, (...), conserva, (...), el carácter de justicia de Cadí⁴⁴. Lo mismo dijo en relación con los jurados populares: “una justicia de Cadí directamente irracional es actualmente practicada en gran medida por la administración popular de justicia del jurado “popular”. Responde al sentimiento de los legos no educados jurídicamente, a quienes ofende siempre en el caso concreto el formalismo del derecho, así como al instinto de las clases no privilegiadas que reclaman una justicia del tipo material”⁴⁵.

Por todo lo dicho en este punto, existen razones para afirmar que los jueces de nuestros Estados contemporáneos, continúan siendo los cadíes del pasado. Y es que, al mantenerse inalterado el principal de sus rasgos definitorios (la imprevisibilidad e irracionalidad de la decisión judicial por basarse, no en los textos normativos, sino en el “buen juicio” del juzgador), solamente se puede concluir que la llamada “justicia de cadí” es una realidad en nuestros Estados constitucionales de Derecho; realidad –habría que añadir– que difícilmente podrá ser modificada (por el elemento personal que puso de manifiesto Frank). En tal sentido, se vuelve imperativo determinar cómo se compatibilizan –o pueden compatibilizar– *de hecho* la subsistente “justicia de cadí” con la contemporánea presencia de “textos normativos”. El punto que se va a defender, a lo largo de este capítulo, es que la actividad de juzgar controversias, que es fácticamente imprevisible, puede ser mirada como un proceso de levantamiento y depuración de información relativa a la resolución del caso que se tiene a la vista; proceso en el que los textos normativos cumplen la función de transmitir “soluciones” previamente estandarizadas (las reglas) –o insumos para construirlas (los principios)– que nuestros cadíes contemporáneos, por razones económicas, prudenciales y morales, se ven *fácticamente* compelidos a tomar en cuenta *en primer término*. Cuánto se adherirán finalmente a las mismas, en mi opinión, dependerá: (i) de las

⁴⁴ Weber, Max. *Economía y sociedad*. Op. Cit., p. 657. No está de más recordar que “la supervivencia de la justicia de paz, como la de toda justicia lega, se debe en Inglaterra al rechazo de la idea de que los juzgadores deban necesariamente aplicar normas generales que estén divorciadas de las normas éticas o políticas dominantes en el país, o que puedan llevar a resultados rechazables por el sentido común del ciudadano medio. (...) la pervivencia de un sistema lego de justicia –y desde luego así sucede en Inglaterra o Estados Unidos– descansa en la confianza de todos en el ciudadano de a pie, que sigue siendo muy poderosa, (...)” (Aulet Barros, José Luís. *Jueces, Política y Justicia en Inglaterra y España*. Barcelona: CEDECS, 1998, p. 546).

⁴⁵ Weber, Max. *Economía y sociedad*. Op. Cit., p. 658. No debe perderse de vista que ambas instituciones, aun cuando son propias de los países del *common law* (especialmente, Estados Unidos de América e Inglaterra), también operan en los sistemas jurídicos continentales. En España, por ejemplo, la Ley Orgánica 6/1985, del 1 de julio, del Poder Judicial (artículos 99° a 103°), establece la institución de los “juzgados de paz”, como una modalidad de justicia lega o no profesional, para hacer frente y resolver en aquellos municipios en los que no exista juzgados de primera instancia o instrucción, los conflictos civiles de menor cuantía y los procesos penales por faltas que les atribuya la Ley. Del mismo modo, la propia Constitución de 1978 (artículo 125°), consagra el “jurado popular” como un mecanismo de participación ciudadana en la administración de justicia penal. Por esta institución, de conformidad con la Ley Orgánica 5/1995, de 2 de noviembre, del Tribunal del Jurado, nueve ciudadanos españoles elegidos por sorteo (sea cual sea su profesión u oficio), en pleno ejercicio de sus derechos, deben decidir si los acusados en alguno de los supuestos señalados en el artículo 1° de la Ley Orgánica, son –o no– responsables de los hechos delictivos imputados. Desde luego, una vez emitido el veredicto declarando la culpabilidad del acusado, corresponde al juez de la causa dictar la sentencia respectiva imponiendo la pena y medida de seguridad que corresponda.

circunstancias del caso, (ii) de los factores que delimitarán el “contexto personal de la decisión judicial”, (iii) de la mayor o menor amplitud de la “zona *empírica* de razonabilidad” del juez correspondiente y, por último, (iv) de las exigencias que impone el viejo ideal regulativo de la función judicial llamado “equidad” (que, como se verá en su momento, es el paradigma a ser utilizado para evaluar el “buen juicio” de los jueces). Así, pues, la consideración debida que *razonablemente* se les puede exigir a nuestros jueces-cadés darle a los textos normativos, será una variable dependiente de dichos elementos.

2. El rol de los textos normativos en el juzgamiento, en el marco de la concepción “sui generis” de democracia del Estado constitucional de Derecho.

Como se expuso en el capítulo II, los actuales Estados constitucionales de Derecho han institucionalizado un sistema donde el “gobierno del pueblo” es el resultado de la participación de órganos democráticos (el Parlamento y el Ejecutivo) y de órganos aristocráticos-autocráticos (el Poder Judicial) que, en conjunto, manifiestan la voluntad popular. Si ello es así, resulta obvio que la Ley no sólo existe sino, sobre todo, que es *parte* importante del Gobierno y, por tanto, se puede afirmar que, conjuntamente con las sentencias, forma una ecuación que podríamos llamar el “Juego de Gobernar” (como se verá en un momento). Así, pues, si bien es cierto que los jueces siguen siendo los despreciados cadés de antaño (por la imprevisibilidad e irracionalidad de sus decisiones), también lo es que los textos normativos *efectivamente* participan en el gobierno del pueblo. Desde luego, la pregunta es *cómo*. A continuación, en este acápite, se tratará de identificar: (i) el papel que *pretenden* cumplir los textos normativos en las sociedades contemporáneas (una prescripción); y, sobre todo, (ii) el que *de hecho* cumplen en el marco de la función judicial (una descripción).

Conviene señalar que, para cumplir con estos objetivos, es indispensable modificar la mirada metodológica que se ha estado utilizando, hasta ahora, para estudiar la práctica judicial y, como tal, empezar a observarla también desde el denominado “punto de vista interno”. Ello es así porque, como se dijo en la parte I, la tesis escéptica de la interpretación jurídica es el resultado de privilegiar la mirada externa al fenómeno jurídico y, como tal, de entender que la tarea de la Ciencia Jurídica es dar cuenta no de lo que los tribunales *dicen que hacen*, sino de lo que *realmente hacen*. En tal sentido, si se afirma que los jueces siempre actúan con discreción en sentido fuerte, es porque se ha llegado a esa conclusión desde el punto de vista externo; esto es, el del observador que, situándose fuera de la práctica judicial, persigue describir cómo se comportan regularmente los jueces en el momento de resolver controversias⁴⁶. No obstante, tal como alertó Hart, si sólo se toma en cuenta dicha mirada, no se podrá poner de manifiesto “la manera en que las reglas funcionan como

⁴⁶ Sobre la distinción entre punto de vista externo y punto de vista interno, Cfr. Punto 4.1.2 del capítulo I.

tales en la vida de quienes normalmente constituyen la mayoría de la sociedad”⁴⁷. Se incurriría, pues, en lo que Comanducci denomina el “defecto de unilateralidad”, es decir, la tendencia habitual en las teorías del Derecho de asumir “tan sólo uno de los posibles puntos de vista para observar el fenómeno jurídico” o, lo que es lo mismo, de no intentar “dar cuenta del fenómeno jurídico en su conjunto (...) desde los distintos puntos de vista posibles”⁴⁸.

Es por este motivo que también es indispensable adoptar el punto de vista interno, esto es, situarse en la posición de “participante” de la práctica social llamada “Derecho” y, como tal, dar cuenta de las “razones” que llevan a los propios partícipes a cumplir regularmente con la misma. Esto quiere decir, entonces, que a fin de explicar cuál es el papel que *facticamente* cumplen los textos normativos en la práctica judicial (la pregunta que motiva este acápite), debe adoptarse el punto de vista de sus participantes, es decir, el de los propios jueces (aunque, como se verá más adelante, todavía es posible distinguir entre el punto de vista del “juez bueno” y el del “juez malo”). Y es que, solamente asumiéndose esta perspectiva, se llega a la conclusión de que aun cuando los textos normativos no son realmente vinculantes para ellos, por el solo hecho de existir, sí cumplen un papel –y muy importante– en su razonamiento práctico: son las *primeras* guías o razones para su decisión final. Al finalizar este acápite, se espera demostrar que los jueces, a fin de dar respuesta al caso que tienen en sus manos, se ven compelidos a dirigir la mirada *en primer lugar* hacia los textos normativos (así está diseñado el “juego de gobernar”) y, después de haberles asignado algún significado, en virtud de su discreción *fuerte*, se les presentarán tres posibles cursos de acción: (i) *plegarse* al estándar que contienen, (ii) *re-estandarizar* el mismo o (iii) *dejarlo de lado y fijar* uno nuevo.

2.1 El propósito de la legislación dentro del gobierno: la satisfacción de los valores “certeza” y “no arbitrariedad”. Los textos normativos como razones únicas de la decisión judicial.

Antes de indagar por el papel que *realmente* cumplen los textos normativos (una descripción), preguntémonos por aquél que *pretenden* cumplir en las sociedades contemporáneas (una prescripción). No se debe olvidar que, tal como se dijo en el punto 1.1, en los tiempos antiguos, en la época de la justicia carismática o de cadí, la idea de “legislación” era intrascendente porque lo único que importaba eran las *soluciones* particulares y, a los efectos de hallarlas, se confiaba exclusivamente en la sapiencia, en el buen juicio, de la autoridad encargada de resolver las controversias (por ejemplo, Salomón). Los conflictos se solucionaban, en ese entonces, sin arreglo a algún tipo de *estándar positivo general*. Los textos normativos, las Leyes, no jugaban ninguna clase de función, o bien porque no existían, o bien porque eran

⁴⁷ Hart, H. L. A. *El concepto de Derecho*. Op. Cit., p. 113.

⁴⁸ Comanducci, Paolo. “La interpretación jurídica”. En: *El realismo jurídico genovés*. Jordi Ferrer Beltrán y Giovanni B. Ratti (editores). Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, p. 62.

intrascendentes. ¿Qué pasó, entonces, con la aparición de los *legisladores* y de la *legislación*? Sin duda, el esquema de gobierno señalado realmente se modificó. ¿Esto quiere decir, por ende, que los legisladores y la legislación juegan –o *deben* jugar– “algún” rol a los efectos de ofrecer soluciones a los gobernados? Al menos en el plano prescriptivo, todo parece indicar que persiguen eliminar de hecho la denostada justicia de cadí (esfuerzo vano como ya pudimos ver en la introducción) y, de esta forma, asegurar que ciertas soluciones abstractas y generales, al estar positivizadas de antemano, sean previsibles y formalmente racionales desde la perspectiva de los propios gobernados.

Efectivamente, para hallar la respuesta a esas preguntas, es imprescindible detenernos un momento en la idea de “legislación” e indagar sobre su *porqué*. Laporta nos explica que en un “mundo sin reglas”, como el de los orígenes (el de la justicia de Cadí), “no valdría pensar que la solución para el caso de hoy puede ser alguna ya avanzada antes por el decisor porque eso sería ya pretender la vigencia de un precedente y, por tanto, de una regla previa a la decisión”⁴⁹. No importaría que algunos casos sean comunes u ordinarios (por reiterados) porque, al no existir formalmente hablando ninguna clase de estándar general positivo, ningún conflicto podría ser resuelto apelando a pautas fijadas previamente. Así, por más que sean casos idénticos o, al menos, presenten similitudes considerables, “la solución (...) descansaría en una *medida* en lugar de una *ley*”⁵⁰. De esta forma, al exigir cada problema una solución *ad-hoc*, “la situación del individuo inmerso en un orden de estas características es pavorosa: sufriría de una impotencia total para predecir su propio estatus jurídico y estaría entregado incondicionalmente al decisor. Con ello la autonomía personal como base fundamental del orden se habría esfumado completamente”⁵¹. Claramente, en la lógica de Laporta, habría un problema de “ausencia de predecibilidad” que, a su vez, eliminaría la autonomía de los individuos.

Dicho de otro modo, frente a la nota de imprevisibilidad que caracteriza a la justicia de cadí, la Ley introduciría soluciones genéricas *de antemano* para los diferentes problemas de los individuos que, con independencia de su contenido material, siempre harían posible planificar o predecir las acciones y decisiones a ser adoptadas de cara al futuro. Laporta, para explicar este supuesto efecto de las reglas en la vida social, recurre a las herramientas que ofrece la teoría de la decisión racional. Así, no sin razón, entiende que el curso de acción que una persona finalmente elija a fin de satisfacer sus preferencias, depende de si controla –o no– los diferentes factores que conforman su “contexto de decisión” y, sobre todo, de si necesita –o no– la anuencia o

⁴⁹ Laporta, Francisco. *El imperio de la Ley: una visión actual*. Op. Cit., p. 110.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibid.*, p. 111. Por lo demás, en la lógica de Fuller, en un “mundo sin reglas” no sólo se habría esfumado la autonomía personal, sino también la propia capacidad del Derecho de operar como instrumento de control social. En sus propias palabras, “The first desideratum of a system for subjecting human conduct to the governance of rules is an obvious one: there must be rules. This may be stated as the requirement of generality” (Fuller, Lon L. Op. Cit., p. 46).

el concurso de otros agentes para obtener sus fines o planes de vida. Si la decisión está sujeta sólo a los factores que delimitan el contexto de decisión, se está en una “situación paramétrica” y, por tanto, lo único relevante para decidirse será el grado de *certeza* que se tenga sobre el acaecimiento de los factores que no se controlan. Pero, si además debe contarse con la colaboración de otros agentes (o, al menos, que no boicoteen el curso de acción elegido), entonces el individuo estará moviéndose en una “situación estratégica” y, por ende, tendrá que diseñar alguna estrategia para coordinar o alinear sus intereses con los de los otros, incorporándose de este modo un grado considerable de incertidumbre⁵². En esta lógica, ¿cuál sería el papel que cumplirían las reglas jurídicas?

Para Laporta, cuando se introducen las reglas en el “mundo sin reglas”, el comportamiento de los otros agentes, en determinadas materias (las reguladas por las reglas), se vuelve *predecible* o *calculable* y, por tanto, el contexto de decisión de los diferentes individuos pasa de ser uno de tipo “estratégico” a otro de corte “paramétrico”. En palabras del mismo autor, “la existencia de la regla, con la regularidad de comportamientos que ella implica, transforma (...) nuestro contexto de decisión en un contexto paramétrico, y elimina en una amplia medida las incertidumbres que se derivan de la toma de decisiones en contextos estratégicos. En términos de satisfacción de las propias preferencias es racional que exista una regla en la vida social que transforme el comportamiento de los demás en algo predecible con un razonable grado de precisión. Así podemos avanzar en mayor medida la satisfacción de esas preferencias, no nos vemos sobrecargados con costes de decisión ni dilaciones en el cálculo, etc.”⁵³. Las Leyes, pues, al regularizar o estandarizar ciertos comportamientos y asignarles ciertas consecuencias *por adelantado*, según Laporta, establecen un marco para los participantes en la interacción humana que posibilita la previsión de su futuro⁵⁴. Simplificando, para dicho autor, los individuos, gracias a las reglas jurídicas, sabrán *a qué atenerse* si se comportan o no de determinada manera y, desde luego, podrán hacer el mismo cálculo en relación con los otros agentes⁵⁵. De la incertidumbre característica del “mundo sin reglas”, se pasaría a la certeza garantizada por éstas.

⁵² Cfr. Laporta, Francisco. *El imperio de la Ley: una visión actual*. Op. Cit., pp. 40-45. Para los fines de este trabajo, más adelante, se explicará con cierto detalle los presupuestos de la teoría de la decisión racional (Cfr. Punto 3.2.1) y se utilizarán las herramientas que ofrece para tratar de describir y formalizar todos los factores que participan en el “contexto paramétrico de la decisión judicial” (Cfr. Punto 3.2.2 de este capítulo).

⁵³ Laporta, Francisco. *El imperio de la Ley: una visión actual*. Op. Cit., p. 58.

⁵⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 68.

⁵⁵ Para Federico Arcos, desde que “la convivencia humana precisa de la existencia de una cierta uniformidad de comportamientos que haga previsible las conductas y reacciones de los demás hombres”, con la incorporación de reglas positivas generales se alcanza la “seguridad del Derecho” y, como tal, pasa a “estar a disposición de los ciudadanos de un modo cierto e incuestionable, de manera que aquéllos puedan actuar de acuerdo con sus disposiciones con la tranquilidad de que se apoyen en una referencia firme y cognoscible, en la que pueden confiar como expresión clara de sus obligaciones y defensa protectora de sus derechos” (Arcos Ramírez, Federico. *La seguridad jurídica: una teoría formal*. Madrid: Dykinson, 2000, pp. 32-33).

Pero no sólo eso, en ausencia de reglas también se estaría ante un potencial escenario de irracionalidad o, lo que es peor, de dominación arbitraria. Y es que, al no existir ninguna clase de estándar general positivo, el juzgador sólo tomaría en cuenta los mandatos de su propia conciencia y, sin duda, ello abriría la puerta a la *razón de la sinrazón*. Según Laporta, si se asume que detrás de cada decisión siempre debe haber alguna razón que la justifique, en el “mundo sin reglas” la resolución de controversias se vuelve “un arte empírico, un procedimiento gobernado, (...), por la irracionalidad y la informalidad”, en el que los jueces deciden “según el propio criterio, (...), ideando una pauta espontánea para afrontar ese caso concreto, buscando siempre una presunta justicia material de índole superracional frente a la justicia formal que pudieran suministrar las reglas”⁵⁶. Esto quiere decir, siguiendo su lógica, que si no existen estándares que formalmente *generalicen* ciertos parámetros de justicia, el decisor asumirá el que considere el más adecuado para resolver cada controversia y, desde luego, podrá utilizar el método que crea el más conveniente para acceder al mismo incluyendo los más esotéricos, tales como los mensajes del oráculo, la palabra revelada, la empatía, las corazonadas, etc. Y frente a este problema, ¿qué solución introducirían las reglas jurídicas?

De acuerdo con Recaséns, al incorporarse los mandatos jurídicos *ex-ante*, se pasa de una situación regida por la “irregularidad caprichosa” del que detenta el Poder, propia de la arbitrariedad, a otra gobernada por la “regularidad inviolable” de las reglas jurídicas⁵⁷. Esto es, si en el mundo sin reglas, el de la justicia de cadí, los gobernados están a merced del arbitrio del juzgador, a su buena voluntad o estado de ánimo, con la introducción de las reglas pasan a estar supuestamente gobernados por las Leyes, por la regularidad que ellas establecen. No es que se alcance la “justicia” (un juicio de valor sobre los contenidos de las reglas jurídicas), simplemente se dejaría de lado lo caprichoso, lo antojadizo, la irregularidad propia del mundo sin reglas⁵⁸. Para Recaséns, “el mandato arbitrario es el que simplemente responde a un mero *porque sí, porque me da la gana*, porque así se me antoja; en suma, el que corresponde a un capricho que no dimana de un criterio general” y, por el contrario, “el mandato jurídico es el fundado en normas, criterios o principios objetivos, de una manera regular y que tiene validez para todos los casos análogos que se presenten”⁵⁹. En última instancia, “el mandato arbitrario consiste en actos de fuerza que no se fundan sobre ningún criterio previo general, sino que obedecen a un fortuito antojo de quien dispone del poder. La arbitrariedad se caracteriza por situarse por encima o al margen de toda norma, haciendo prevalecer sobre las normas un mero capricho, esto es, algo singular

⁵⁶ Laporta, Francisco. *El imperio de la Ley: una visión actual*. Op. Cit., p. 116.

⁵⁷ Cfr. Recaséns Siches, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*. México DF: Porrúa, 1977, 4ta edición, p. 108.

⁵⁸ Cfr. Ibid., p. 107. Ello es así porque, como explica Federico Arcos, “con el principio de seguridad jurídica no se demanda, ni directa ni fundamentalmente, unos ciertos contenidos, sino, (...), una estructura y funcionamiento regulares” (Arcos Ramírez, Federico. Op. Cit., p. 34).

⁵⁹ Recaséns Siches, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*. Op. Cit., p. 108.

no reductible a un criterio general y fijo”⁶⁰. De esta forma, con la incorporación de las reglas jurídicas, los actos del juzgador aparentemente dejan de ser actos puros de fuerza⁶¹.

Todo parece indicar, entonces, que desde un punto de vista prescriptivo, la incorporación de textos normativos tiene como propósito, como objetivo, combatir los problemas de “imprevisibilidad” e “irracionalidad” existentes en las sociedades regidas no por estándares positivos generales, sino por soluciones particulares producidas *ex nihilo*. Y es que, al hacerse más complejas las sociedades (crecieron en tamaño y diversidad), se puede presumir que algunos problemas particulares: (i) se volvieron comunes u ordinarios y, como tal, comenzaron a recibir –quizás intuitivamente– las mismas soluciones por parte de los gobernadores-juzgadores; (ii) se presentaron, aun cuando no eran comunes u ordinarios, como potencialmente repetibles en virtud de sus especiales características; o (iii) se convirtieron, a pesar de que eran sumamente excepcionales, en especialmente indeseables por sus consecuencias sociales. No es descabellado pensar, entonces, que dichas circunstancias llevaron a la necesidad de estandarizar ciertas “soluciones”, a fin de hacer *previsible* las consecuencias de su realización para los gobernados y, desde luego, *no-arbitraria* la respuesta del juzgador frente a su hipotético acaecimiento. Es así como las sociedades dieron el salto de las soluciones particulares *ex-post* a las soluciones generales positivas *ex-ante*. A los efectos de asegurar “certeza” y “no arbitrariedad”, se hizo necesaria la presencia de “legislación”⁶².

Por supuesto, para alcanzar estos objetivos no basta con establecer soluciones generales de antemano a través de la positivización, además es indispensable que los textos normativos que las consagran sean aplicados *tal cual*. Y es que, como dice García Manrique, “la seguridad jurídica es la certeza respecto de: 1) el contenido de las normas jurídicas vigentes; y 2) el hecho de que son aplicadas de acuerdo con su contenido”⁶³. Dicho de otro modo, el papel orientador de la conducta que cumplirían las reglas, la certeza que introducirían en las relaciones interpersonales, no es independiente de la manera en que son judicialmente aplicadas⁶⁴. Como explica Federico Arcos, “tener seguridad en el Derecho significa tener esperanza o confianza en que el Derecho establecido será regularmente eficaz” y, como tal, “es (...) una expectativa que exige (...) la existencia de una judicatura que vele por el cumplimiento

⁶⁰ Recaséns Siches, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*. Op. Cit., p. 109.

⁶¹ Para Federico Arcos, “la arbitrariedad se identifica con el abuso de poder, con su utilización caprichosa, sin arreglo a motivo o razón alguna que lo explique o justifique”, de forma que “la arbitrariedad es el no Derecho, la negación del Derecho en su forma (...), sería el decidir porque sí, sin contar con otro apoyo que la mera voluntad o simple capricho, sin apelar a razones objetivas, exhibibles y susceptibles de ser aplicadas a casos idénticos” (Arcos Ramírez, Federico. Op. Cit., p. 55).

⁶² Por supuesto, el surgimiento de esta necesidad y de la técnica legislativa no sucedió de un día para otro. Sobre este proceso de evolución histórica, Cfr. Weber, Max. *Economía y sociedad*. Op. Cit., pp. 603-648.

⁶³ García Manrique, Ricardo. *El valor de la seguridad jurídica*. Madrid: Iustel, 2012, p. 195.

⁶⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 196.

de la legalidad (...)”⁶⁵. Pero no sólo eso, la previsibilidad y no arbitrariedad que supuestamente consagran, es puramente formal. Esto es, “tiene por objeto el propio derecho y no otros objetos, (...), se trata de una seguridad “formal” por oposición a una seguridad “material” que consistiese en la seguridad respecto de determinados bienes o intereses identificables al margen del derecho”⁶⁶. Dicho de otra manera, la simple legalización del Derecho, con independencia de sus contenidos, ciertamente supone su racionalización, “pero una racionalización puramente instrumental, carente de por sí de sentido moral alguno, puesto que el recurso a normas sólo formalmente legales no evita en modo alguno la injusticia”⁶⁷. Y si ello es así, nada garantiza que los jueces, desde que también son seres humanos, apliquen las reglas jurídicas *formalmente* no arbitrarias, sin tomar en cuenta su particular sentido de la justicia.

El papel del juez, pues, es determinante para alcanzar los ideales del “mundo con reglas”. Incluso, el propio Laporta termina reconociéndolo cuando, dando cuenta de su reputación de “legalista” o “formalista”, sostendrá que la asume “con mucho gusto, dado que cada día que abro el diario por la mañana constato que aquellos países donde me gustaría vivir y que viviesen mi familia y mis amigos son todos ellos sin excepción países en los que el sistema jurídico se sustenta básicamente en un cuerpo sólido y bien nutrido de leyes aplicadas con lealtad y eficacia por los tribunales. También hay otras cosas, como constituciones, principios, valores y doctrinas jurisprudenciales, pero el peso de todo el orden social y la realidad de una convivencia vivida en libertad lo lleva la ley aplicada con razonable eficacia por jueces que exhiben una especial deferencia hacia los enunciados de esas leyes”⁶⁸. Y, si ello es así, la satisfacción de los valores detrás de la existencia de los textos normativos (la certeza y la no arbitrariedad formal), dependerá de que *de hecho* actúen en el razonamiento de los jueces como razones *únicas* o, lo que es lo mismo, que realmente *excluyan* cualquier consideración ajena a la puramente jurídica⁶⁹.

Esto quiere decir, entonces, que los textos normativos *por sí mismos* no cumplen el propósito con el que fueron concebidos. A estos efectos, es indispensable que se verifique empíricamente lo que Joseph Raz dijo ya hace un tiempo: que “los tribunales (...) juzgan a los individuos sobre la base de las reglas jurídicas, excluyendo todas las

⁶⁵ Arcos Ramírez, Federico. Op. Cit., p. 46.

⁶⁶ García Manrique, Ricardo. Op. Cit., p. 197.

⁶⁷ García Manrique, Ricardo. Op. Cit., p. 131. García Manrique utiliza esa frase para explicar cómo “la cultura jurídica liberal defraudó la confianza ilustrada en las leyes, porque las leyes liberales no contuvieron los elementos que la Ilustración había considerado necesarios para predicar la bondad de las mismas” (Ibid., p. 132).

⁶⁸ Laporta, Francisco. *El imperio de la Ley: una visión actual*. Op. Cit., p. 14.

⁶⁹ Como el mismo Laporta reconoció en otro trabajo: “para hacer posible ese ideal [se refiere a la autonomía personal] las leyes han de determinar con un razonable grado de precisión lo que se puede y no se puede hacer, y los órganos imparciales encargados de solucionar los conflictos o las dudas sobre el derecho aplicable han de basar sus decisiones en aquellas leyes. Sólo así se crea un contexto en el que las acciones de los demás y del propio poder son predecibles” (Laporta, Francisco. “Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas”. En: *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*. Francisco J. Laporta, Juan Ruiz Manero y Miguel Ángel Rodilla. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 59).

demás consideraciones en conflicto”⁷⁰. Esto es, siguiendo su lógica, que se cumpla con la siguiente prescripción: “Los tribunales, por consiguiente, deben juzgar a los individuos como si éstos debieran tomar las exigencias jurídicas como razones excluyentes”⁷¹. Más adelante desarrollaré la tesis de Raz que presenta a las reglas como “razones excluyentes para la acción” (desde el punto de vista de la autoridad que las emite) y, desde luego, la diferencia que traza entre “razonamiento *acerca del Derecho*” y “razonamiento *según el Derecho*” (desde el punto de vista de la autoridad que las aplica). Lo único que quiero resaltar ahora es que el ideal del “mundo con reglas” (la desaparición de la justicia de *cadí*), en última instancia, requiere la colaboración o el concurso de los jueces; es decir, que éstos les den a los textos normativos una especial condición: razones *únicas* para su decisión.

Parafraseando a Virgilio Zapatero, se puede decir que el ideal del “mundo con reglas” que defiende Laporta, exige que el juez *de hecho* se comporte como si simplemente fuera un *agente* de los intereses y fines que guían la labor del legislador; esto es, un fiel y leal aplicador de la voluntad de los últimos claramente expresada en los textos normativos⁷². Pero, desde que actúan siempre con discreción en sentido fuerte (y por eso son *cadíes*), desafortunadamente esa actitud cooperativa (y obsecuente, por lo demás) no está garantizada. Todo parece indicar que *de hecho* es más modesta la función de los textos normativos en el proceso de decisión judicial, tal como veremos a continuación.

2.2 El papel de los textos normativos en el razonamiento judicial desde la perspectiva realista: de ser “nada” a ser “algo” (pero nunca “todo”).

Sostener que los textos normativos existen y que, por ese solo hecho, cumplen un papel en el proceso judicial de resolución de controversias, ¿no es incompatible con el escepticismo interpretativo que, a lo largo del presente trabajo, se ha venido defendiendo? Como alerta Hierro, si se asume dicha tesis *a la ligera*, “es fácil concluir que el derecho, como conjunto o sistema de normas, está radicalmente indeterminado y que cualquier estudio del derecho que pretenda ser en alguna medida científico no puede sino limitarse a contar lo que los intérpretes de los enunciados normativos dicen que significan los enunciados normativos. Todo lo demás es literatura pseudocientífica, política jurídica o retórica persuasiva”⁷³. Así, pues, una conclusión precipitada podría llevar a afirmar que como el Derecho es producto del fallo, antes del mismo *no existe nada* (el reino de la “indeterminación radical”). Y, lógicamente, eso nos llevaría a afirmar que los textos normativos son simplemente “nada” y, como tal, ni cumplen

⁷⁰ Raz, Joseph. *Razón práctica y normas*. Traducción de Juan Ruiz Manero. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 166.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Cfr. Zapatero, Virgilio. *El arte de legislar*. Pamplona: Thomson/Aranzadi, 2009, pp. 349-353.

⁷³ Hierro, Liborio. “Sostiene Barberis. Consideraciones sobre el trayecto genovés desde el realismo jurídico al constitucionalismo”. En: *El realismo jurídico genovés*. Op. Cit., p. 224.

función alguna en el proceso de decisión judicial (son “nada”), ni es tarea de la Ciencia Jurídica dar cuenta de los mismos (sería “literatura pseudocientífica”).

Es decir, si se presenta al escepticismo interpretativo como la negación extrema de los textos normativos, ciertamente sería incoherente afirmar que, a pesar de todo, sí cumplen un rol en el proceso de decisión judicial. No obstante, esta forma de describir el proceso de interpretación llevado a cabo por los jueces, en mi opinión, no implica negar en modo alguno la existencia de los textos normativos (de hecho, los presupone), que posean algún significado y, mucho menos, que cumplan algún rol en el razonamiento práctico de los jueces. Ello es así porque, ni lógica ni empíricamente, son incompatibles las afirmaciones “los jueces producen las normas jurídicas asignando discrecionalmente significados a los textos normativos” (la tesis que se defendió en la primera parte) y “los jueces encuentran en los textos normativos una razón para actuar en un sentido u otro” (la tesis que ahora se va a defender). Y no lo son porque, cada una de ellas, responde preguntas diferentes adoptando puntos de vista también diferentes: si con la primera, asumiendo la mirada externa, se busca dar cuenta del comportamiento regular de los jueces en relación con los textos normativos; con la segunda, asumiendo la mirada interna, se persigue identificar el rol que estos últimos cumplen en el razonamiento judicial. De esta forma, lógica y empíricamente hablando, tanto la primera aseveración como la segunda pueden ser *al mismo tiempo* proposiciones descriptivas “verdaderas” (o “falsas”).

No basta, a mi modo de ver, con sostener la primera tesis para forzosamente negar la otra. Si se quiere hacer esto último, es necesario colocarse en la posición de partícipe de la práctica judicial y, desde la misma, afirmar su incorrección. Ciertamente, los diferentes autores realistas no siempre supieron –o no quisieron– dar cuenta del papel que cumplen los textos normativos en la actuación de los jueces. Pero, y esto debe resaltarse, si no lo hicieron fue porque, en el realismo jurídico *clásico* (escandinavo y estadounidense), las razones que explicaban *el porqué* de los fallos, desde el punto de vista interno, no giraban en torno a los textos normativos. Otras eran, para ellos, las causas que fácticamente guiaban el comportamiento de los jueces o, lo que es lo mismo, a las que verdaderamente prestaban atención. Es decir, no era que consideraran que antes del fallo no existía absolutamente nada, simplemente entendían que *sea lo que sea* que estaba detrás de las decisiones judiciales, era siempre “algo” diferente a las reglas producidas por el legislador (y, la mayor de las veces, intentaron describirlo). Desde esta perspectiva, los textos normativos cumplían un rol marginal –si acaso– dentro del cúmulo de razones que *realmente* guiaban el comportamiento judicial y, como tal, tenían una capacidad limitada –por no decir “nula”– para predecir el sentido de los fallos. Esto explica por qué, por lo general, no sólo mantuvieron la primera afirmación sino, también, rechazaron la segunda (aparentemente, no se verificaba en los hechos) y, como tal, minusvaloraron el papel de los textos normativos en la resolución de las controversias.

2.2.1 El realismo jurídico americano: los factores extra-normativos como determinantes de la decisión judicial.

La minimización de los textos normativos, sin duda, es una actitud típica dentro del “realismo americano”. Ello es así porque, tal cual lo expuso Jerome Frank, siempre consideraron que desde la perspectiva del hombre promedio (el punto de vista que realmente importaba), el Derecho no era más que las decisiones que emiten los jueces en relación con los casos particulares y que, antes de las mismas, lo único disponible era la opinión de los abogados sobre cómo se tendría que decidir un asunto determinado⁷⁴. Es por esa razón que, para ellos, la práctica jurídica podía ser acertadamente denominada como el “arte de la predicción” de la actuación de los Tribunales de Justicia⁷⁵. Por supuesto, si la práctica jurídica consiste básicamente en “predecir” decisiones judiciales, es porque lógicamente *puede* hacerse. Y, si puede hacerse, es porque *algo* empíricamente lo permite. Y, si lo permite, es porque *normalmente* es utilizado por los propios jueces para construir sus decisiones... y los abogados lo saben. En tal sentido, para el realismo jurídico americano, si bien es cierto que los jueces son los *reales* productores del Derecho, también lo es que *fácticamente* lo hacen a partir de *algo* que, precisamente, posibilita a los abogados hacer sus predicciones. Y si ello es así, para ellos, la clave para identificar *el porqué* de las resoluciones judiciales (sus *reales* razones o guías de comportamiento), está en preguntarse: ¿qué es ese *algo*?

Ciertamente, desde el punto de vista interno, podrían ser muchas las razones o guías que están detrás de un fallo, incluyendo lógicamente el texto de la Ley. Sin embargo, tal como explica Brian Leiter, dentro del propio realismo estadounidense “todos (...) estaban de acuerdo en que el Derecho y las razones jurídicas son racionalmente indeterminadas (...), así que la mejor explicación de por qué los jueces deciden en la forma en que lo hacen debe buscarse por fuera del derecho mismo. En particular, todos los realistas abrazaron lo que puede llamarse como la “Afirmación Central” del realismo: al decidir los casos, los jueces responden primariamente a los estímulos de los hechos del caso, en vez de responder a las razones y reglas jurídicas”⁷⁶. ¿Y cuál era, para ellos, el factor que explicaba esa “reacción primaria a los estímulos de los

⁷⁴ Las palabras exactas de Frank son las siguientes: “We may now venture a rough definition of law from the point of view of the average man: for any particular lay person, the law, with respect to any particular set of facts, is a decision of a courts with respect to those facts (...). Prior to such a decision, the only law available is the opinion of lawyers as to the law relating to that person and to those facts. Such opinion is not actually law but only a guess as to what a court will decide” (Frank, Jerome. *Law and the modern mind*. Gloucester: Peter Smith, 1970, p. 50).

⁷⁵ En sus propios términos: “Usually when a client consults his lawyer about “the law”, his purpose is to ascertain not what courts have actually decided in the past but what the courts will probably decide in the future. (...). The answers (...) are in fact prophecies or predictions of judicial action. It is from this point of view that the practice of law has been aptly termed an art of prediction” (Frank, Jerome. *Law and the modern mind*. Op. Cit., p. 51).

⁷⁶ Leiter, Brian. “Realismo jurídico estadounidense”. Traducción de Jorge Luís Fabra Zamora. En: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. Jorge Luís Fabra Zamora y Álvaro Núñez Vaquero (editores). México DF: UNAM, 2015, Vol. I, pp. 246-247.

hechos del caso”, esto es, el real *porqué* de los fallos y, como tal, lo que permitía predecirlos? Según el mismo Leiter, los propios realistas se separaron al intentar dar respuesta a dicha pregunta: “el Ala Sociológica del realismo –representada por escritores como Oliphant, Moore, Llewellyn y Felix Cohen– pensó que las decisiones judiciales caen dentro de patrones predecibles, aunque patrones que no eran predecibles simplemente mirando a la reglas jurídicas existentes. De este hecho, los realistas infirieron que varias fuerzas “sociales” deben operar sobre los jueces para forzarlos a responder a los hechos en formas similares y predecibles. El Ala Idiosincrática del realismo, en contraste –ejemplificada de forma más prominente por Frank y el juez Hutcheson– afirmaba que lo que determina la respuesta de los jueces a los hechos de un caso particular son hechos idiosincráticos acerca de la psicología o personalidad del juez individual”⁷⁷.

Ya sean “fuerzas sociales”, ya sean “hechos idiosincráticos”, para el realismo estadounidense, los textos normativos existían, sí, pero no cumplían un rol relevante dentro del proceso de decisión judicial. No por nada Karl Llewellyn, principal representante del “ala sociológica”, señaló que los integrantes del “movimiento realista” (incluyéndose él mismo) tenían en común, entre otras cosas, la “desconfianza en la capacidad de las normas (...) para *describir* lo que los tribunales (...) están realmente haciendo. De ahí el constante énfasis en las normas como predicciones generalizadas acerca de lo que los tribunales harán”; y, como tal, la “desconfianza en la teoría de que las proposiciones normativas prescriptivas son *el* factor poderosamente operativo en la producción de las decisiones judiciales”⁷⁸. De esta forma, aun cuando los textos normativos eran ciertamente *predicciones generalizadas* acerca de lo que los tribunales harán, para el realismo jurídico americano, no eran el elemento determinante en los fallos judiciales⁷⁹. Como explica Solar, “los realistas se afanaron en poner al descubierto precisamente aquellos elementos que hacen del proceso judicial, (...), un proceso “impresionista, idiosincrásico, informal e intuitivo” (...). De ahí la proclamada desconfianza realista sobre la veracidad de la afirmación tradicional de que las normas jurídicas son el único factor determinante de las decisiones judiciales y, en consecuencia, sobre la capacidad de aquellas para describir adecuadamente lo que los tribunales realmente hacen”⁸⁰.

Jerome Frank, por ejemplo, nunca negó la existencia de las “leyes”, simplemente las presentó como *una más* entre las muchas *fuentes* que los jueces utilizan para producir el verdadero Derecho. En sus propias palabras: “Rules, (...), are not the Law, but are only some among many of the sources to which judges go in making the law of the

⁷⁷ Leiter, Brian. Op. Cit., pp. 249-250.

⁷⁸ Llewellyn, Karl. “Algo de realismo sobre el realismo: respondiendo al Decano Pound”. Traducción de José Ignacio Solar Cayón. Op. Cit., p. 204.

⁷⁹ Cfr. Casanovas, Pompeu. “El realismo jurídico norteamericano: introducción”. Op. Cit., p. 238.

⁸⁰ Solar Cayón, José Ignacio. “Los orígenes del realismo jurídico americano”. En: EUNOMÍA. Revista de la cultura de la legalidad, N° 2, marzo – agosto 2012, p. 189.

cases tried before them”⁸¹. Y es que, luego de examinar “the character of law looking at decisions from the point of view of the judges who render them” (el punto de vista interno)⁸², llegó a la más firme convicción de que los jueces tomaban decisiones sobre la base de una serie de “estímulos”, tales como las llamadas “fuentes del Derecho” (leyes, principios, precedentes, doctrina, costumbre, etc.), sus propios prejuicios políticos, económicos y morales pero, sobre todo, sus sesgos personales (sus simpatías y antipatías)⁸³. En la lógica de Frank, dada la “irremediable humanidad de los jueces”, todo el proceso de decisión judicial estará indefectiblemente condicionado por los antecedentes, intereses, historia personal y personalidad del juzgador⁸⁴. Para él, a los efectos de predecir lo que *de facto* harán los jueces, era mucho más importante conocer el “factor personal” del juez de turno, que lo previsto en los textos normativos.

No cabe duda, entonces, que el realismo jurídico americano minusvaloró considerablemente el papel de los textos normativos en el proceso judicial. Para ellos, sí existían pero no cumplían un papel preponderante en el razonamiento usual de los jueces. No eran, pues, el elemento que permitía hacer las predicciones correspondientes. A estos efectos, más importante era poner de manifiesto los elementos extra-normativos que necesariamente condicionarán el proceso de decisión judicial (ya sean idiosincráticos, ya sean sociológicos). No sorprende, entonces, que Jerome Frank, como se dijo en la introducción, haya defendido enfáticamente la subsistencia de la justicia de *cadí*.

2.2.2 El realismo jurídico escandinavo: la “conciencia jurídica popular” como determinante del fallo.

En el marco del realismo jurídico escandinavo tampoco los textos normativos recibieron especial atención. Ello es así porque, en general, consideraron que los jueces fallaban como lo hacían, no porque estuvieran siguiendo alguna regla válidamente emitida por el legislador, sino porque –para ellos– actuaban según lo dispuesto por el Derecho *vigente*, es decir, aquél que *de facto* era seguido y/o aceptado por la *psiquis colectiva*. Así, según esta lógica, si un juez resolvía alguna controversia conforme a alguna legislación determinada, no era porque entendiera que estaba obligado “a fallar conforme a Ley”, sino porque hacerlo de ese modo *de hecho* venía impuesto por la llamada “conciencia jurídica popular” (y de la cual el juez, naturalmente, participaba). Los textos normativos, pues, no eran jamás la razón que

⁸¹ Frank, Jerome. *Law and the modern mind*. Op. Cit., p. 137.

⁸² Ibid., p. 108.

⁸³ Cfr. Ibid., Cap. XII y XIII.

⁸⁴ Cfr. Frank, Jerome. “Are judges human?” Op. Cit., pp. 23-24. Sobre el papel de las intuiciones y corazonadas en el proceso de decisión judicial, Cfr. Hutcheson Jr., Joseph C. “The judgment intuitive: the function of the “hunch” in judicial decision”. En: Cornell Law Review, Vol. 14, Rev. 274 (1929), pp. 274-288.

estaba detrás de un fallo. Ese lugar privilegiado le correspondía a la “conciencia jurídica popular”.

¿Cómo se explica esta forma de minusvalorar el rol de los textos normativos en el razonamiento jurídico? La clave para entenderla, en mi opinión, reside en la defensa que en el realismo escandinavo se hizo de la idea de “vigencia” como la única empíricamente verificable a los efectos de describir el Derecho realmente existente, en contraste con la noción de “validez” que, para ellos, no era más que *metafísica pura* y, como tal, debía ser abandonada. Así, pues, a diferencia de Kelsen que sostenía que afirmar “que una norma es válida equivale a declarar su existencia o –lo que es lo mismo– a reconocer que tiene fuerza obligatoria frente a aquellos cuya conducta regula”⁸⁵; los realistas escandinavos siempre trataron de apoyar la fuerza obligatoria del Derecho en *datos empíricos*, en juicios de hecho, y no en “juicios de validez” que, en su opinión, seguían siendo juicios de valor⁸⁶. Es por ello que centraron la mirada en los comportamientos que, por considerarse obligatorios en la psiquis de los miembros del colectivo, regularmente se cumplían en los hechos y que, por tal razón, venían a ser el Derecho “vigente”. Para ellos, la Ciencia Jurídica no debía prescribir cuáles son las conductas debidas (tarea que cumplía el concepto de “validez” en la teoría de Kelsen), sino describir cuáles son las que *empíricamente* se considera que deben ser realizadas (la idea de “vigencia”)⁸⁷.

¿Y cuáles son las conductas dispuestas por el Derecho que, por entenderse que son obligatorias en la psiquis de los miembros del colectivo, son vigentes? De acuerdo con Olivecrona, la existencia de las normas jurídicas, su vigencia, no dependía de que sean formalmente “válidas” (como sostenía Kelsen), sino de que sean consideradas como tales *en los hechos*⁸⁸. Esto es, como explica Hierro, para él afirmar que una conducta contenida en una regla es existente y obligatoria, no equivale a sostener que es *válida* según las disposiciones del sistema, sino a alegar que empíricamente es *considerada válida* de conformidad con la psicología social (un dato empíricamente

⁸⁵ Kelsen, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado*. México DF: UNAM, 1979, 2ª edición, p. 35.

⁸⁶ La crítica de los realistas escandinavos al positivismo de Kelsen, como explica Hierro, empezó cuestionando la teoría de la voluntad kelseniana que sostenía: (i) que las normas jurídicas son *mandatos* producidos por alguna voluntad *humana* (no *metafísica* como en el iusnaturalismo) que ha sido previamente habilitada para ello; y (ii) que las normas jurídicas, cuando son creadas por esa voluntad, son *válidas* y, por tanto, obligatorias (exactamente igual que en el iusnaturalismo) (Cfr., Hierro, Liborio. *El realismo jurídico escandinavo*. Op. Cit., pp. 193-194). El mismo Hierro, refiriéndose a dicha teoría, explica que responde a motivos ideológicos: “se ha tratado siempre de explicar el derecho y de justificar su capacidad obligatoria de modo tal que de la voluntad del príncipe, basada en el derecho divino de los reyes [el iusnaturalismo teológico], se pasó a la voluntad general, basada en el contrato social y en el derecho natural [el iusnaturalismo racionalista], y de aquí a la voluntad del Estado [el positivismo de Kelsen]” (Hierro, Liborio. *El realismo jurídico escandinavo*. Op. Cit., p. 210). En tal sentido, se puede sostener que la diferencia entre iusnaturalismo y positivismo kelseniano simplemente consistiría en el carácter de la “voluntad” que supuestamente estaría detrás del Derecho pero, en ambas concepciones, la obligatoriedad del Derecho giraría en torno a una idea metafísica: la validez.

⁸⁷ Cfr. Hierro, Liborio. *El realismo jurídico escandinavo*. Op. Cit., pp. 245- 255.

⁸⁸ Sobre la crítica de Olivecrona, en general, a la idea de “validez” y, en especial, a la teoría de la validez de Kelsen, Cfr. Olivecrona, Karl. *El Derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*. Traducción de Luís López Guerra. Barcelona: Labor Universitaria, 1980, pp. 109-112.

verificable)⁸⁹. Es por ello que propuso entender a las normas jurídicas como “imperativos independientes”, esto es, como expresiones que contienen: (i) una idea de conducta a ser realizada en el futuro e incondicionalmente por el destinatario (el *ideatum*)⁹⁰ y (ii) una señal imperativa dirigida a actuar sobre su voluntad (el *imperantum*)⁹¹ que, a fin de “obligarlo” a actuar según el *ideatum*, consiste en una serie de formalidades que se apoyan en su *observancia generalizada* por ciudadanos y funcionarios (incluyendo los jueces)⁹².

En tal sentido, en la lógica de Olivecrona, la existencia y obligatoriedad de una conducta recogida por el Derecho, el *ideatum*, depende de qué tan idóneo sea su *imperantum* para provocar y obtener *de facto* la obediencia generalizada de los ciudadanos y funcionarios, es decir, para que la gente la considere como obligatoria⁹³. ¿Y cuándo se produce este efecto? Tal como explicó Ross, para el realismo de Olivecrona, desde que el ser del Derecho se encontraba en hechos psicológicos sociales, había que entender que “una norma es vigente si es aceptada por la conciencia jurídica popular”⁹⁴. De esta forma, en esta vertiente del realismo, “el hecho de que tal regla sea también aplicada por los tribunales es, de acuerdo con este punto de vista, derivado y secundario; es una consecuencia normal de la conciencia jurídica popular que determina también las reacciones del juez”⁹⁵. Así, bajo este punto de vista, es la llamada “conciencia jurídica popular”, y no los textos normativos en sí mismos, la que posibilitaría predecir la actuación de los operadores jurídicos (incluyendo los jueces). Desde esta perspectiva, si una regla emitida por el Parlamento es *de hecho* aceptada por la psiquis colectiva como Derecho (y, a su vez, afirmarán que generalmente se le da ese título a cualquier regla establecida de acuerdo con la Constitución⁹⁶), entonces es muy probable que los jueces terminen por aceptarla y aplicarla (por ser el Derecho vigente). Pero, por el contrario, “puede ocurrir que una ley no sea aceptada por la conciencia jurídica popular y que por ello no se transforme en derecho vigente”, lo que invariablemente quiere decir que “lo decisivo es que la regla sea aceptada por la conciencia jurídica”⁹⁷. En términos más sencillos, la idoneidad del

⁸⁹ Cfr. Hierro, Liborio. *El realismo jurídico escandinavo*. Op. Cit., pp. 246-247.

⁹⁰ Para Olivecrona, “las órdenes se refieren a la conducta futura del destinatario. Por lo tanto, expresan la idea de que se comporte de cierta forma: de que haga o deje de hacer algo. Tal es el *ideatum* de la orden” (Olivecrona, Karl. Op. Cit., p. 120).

⁹¹ Tal como lo definió Olivecrona, “el *imperantum* se dirige a la parte volicional de la mente del destinatario, no a su parte intelectual. La idea de la conducta a observar surge del elemento ideacional en la orden. El eco del *imperantum* en la mente del destinatario es “tengo que” o algo similar” (Olivecrona, Karl. Op. Cit., p. 126).

⁹² En sus propias palabras, “las normas jurídicas promulgadas son imperativos independientes que han pasado a través de una serie de actos formales. El *imperantum* es el escenario en que se produce la promulgación, y en que se dan una Constitución, una organización que funciona según normas, unos órganos parlamentarios y unos funcionarios públicos, etc. Una vez que una Constitución se ha asentado establemente, los ciudadanos responden automáticamente, y consideran vinculantes los textos proclamados como ley mediante el acto de promulgación. Gracias a esta actitud de los destinatarios de la norma, el *imperantum* cobra efectividad” (Olivecrona, Karl. Op. Cit., pp. 128).

⁹³ Cfr. Hierro, Liborio. *El realismo jurídico escandinavo*. Op. Cit., pp. 214-215.

⁹⁴ Ross, Alf. Op. Cit., p. 69.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 70.

⁹⁷ *Ibidem*.

imperantum dependerá, no de sus condiciones intrínsecas, sino de su conformidad con la *conciencia jurídica popular*.

Queda claro, entonces, que los jueces para el realismo escandinavo no crean el Derecho, simplemente aplican aquel que es aceptado por la “conciencia jurídica popular”, es decir, el Derecho vigente. Como explica Hierro, esta versión del realismo “supone que es derecho vigente aquello que es aceptado o tenido como tal por la conciencia jurídica popular” y, aunque “ésta puede encontrarse bastante formalizada y aceptar por ello que es derecho todo lo que se establezca de acuerdo a determinadas formalidades [por ejemplo, el procedimiento legislativo] y que, en cuanto es derecho, ha de ser obedecido”, siempre será en última instancia “aquella conciencia jurídica la que sustenta la efectiva vigencia del derecho”⁹⁸. De esta forma, la real fuente del Derecho, el que aplican los jueces, es aquel que se encuentra vigente según la conciencia jurídica popular que, conviene subrayar, no necesariamente coincidirá con las prescripciones contenidas en los textos normativos⁹⁹. Así, según esa lógica, estos últimos tampoco juegan un rol preponderante, a fin de predecir las decisiones de los tribunales. Ese papel le corresponde a la conciencia jurídica popular. Es ésta la que determina cuál es el Derecho vigente.

2.2.3 El realismo jurídico contemporáneo: los textos normativos como punto de partida del razonamiento judicial.

La minusvaloración del papel de los textos normativos en el razonamiento de los jueces, mostrada en el realismo clásico (americano y escandinavo), no es defendida por los autores realistas contemporáneos. En términos generales, se puede decir que el actual realismo jurídico, cuya seña de identidad es la defensa del escepticismo interpretativo¹⁰⁰, entiende que los textos normativos empíricamente existen, sí transmiten significados y, de esta forma, operan como las *primeras* guías o razones que aparecen en el razonamiento práctico de los jueces (aunque, desde luego, no afirmarán que realmente operan como razones *últimas, definitivas o excluyentes*). Vale decir, de ser “nada” pasan a ser “algo” (pero no “todo”).

Esta revaloración, me parece, empieza con Alf Ross que, a fin de identificar el mejor método para hallar el Derecho vigente, criticó las dos aproximaciones realistas clásicas (la americana y la escandinava). Así, del realismo conductista, resaltó la poca o nula atención que, en su opinión, le brindó a la ideología normativa que anima y

⁹⁸ Hierro, Liborio. *El realismo jurídico escandinavo*. Op. Cit., p. 255.

⁹⁹ Es por ello que, para Ross, mientras que en el realismo conductista o americano el *Derecho es vigente* porque *es aplicado* por los jueces, en el psicológico o escandinavo el *Derecho es aplicado* por los jueces porque *es vigente* (Cfr. Ross, Alf. Op. Cit., p. 71).

¹⁰⁰ De hecho, como explica Barberis, “El escepticismo interpretativo es hoy la única tesis verdaderamente distintiva y definitoria del realismo jurídico, (...), mientras que el iusnaturalismo y el positivismo jurídico son definidos por sus respectivas tesis sobre la separación entre derecho y moral, el realismo jurídico tal vez puede ser definido como la variante del positivismo jurídico que privilegia la teoría de la interpretación (...)” (Barberis, Mauro. “El realismo jurídico europeo-continental”. Op. Cit., pp. 237-238).

motiva las acciones habituales de los jueces (la que, precisamente, permite presentarlas de forma coherente y previsible)¹⁰¹; mientras que, del psicológico, cuestionó su acento excesivo en la “conciencia jurídica popular” que, para él, reduce la vigencia del Derecho a un hecho psicológico netamente individual (la sociedad es la sumatoria de todos los individuos)¹⁰². A fin de superar estas deficiencias, sintetizando estas versiones, afirmará que su enfoque “es conductista en la medida en que busca hallar consistencia y predecibilidad en la conducta verbal, exteriormente observada, del juez” pero, también, “es psicológico, en la medida en que la aludida consistencia es la de un todo coherente de significado y motivación, únicamente posible sobre la base de la hipótesis de que en su vida espiritual el juez se halla gobernado y motivado por una ideología normativa cuyo contenido conocemos”¹⁰³. De esta forma, a diferencia de Olivecrona, centrará la mirada en el comportamiento regular de los jueces (y no en el de los individuos de la sociedad) pero, también, en la “ideología normativa” que normalmente hace que *experimenten* y *sientan* a los textos normativos como socialmente obligatorios (y no a los factores extra-normativos de los que hablaban los realistas americanos)¹⁰⁴.

Y, a fin de dar con la ideología mencionada, Ross introducirá la distinción entre “conciencia jurídica formal” y “conciencia jurídica material”. Así, en virtud de la primera, dirá que los jueces adoptarán como actitud moral y profesional *prima facie*, el respeto u obediencia a las disposiciones contenidas en los textos normativos; aunque, en atención a la segunda, subrayará que también estarán fuertemente motivados a adoptar decisiones “correctas” de conformidad con el “espíritu de la tradición jurídica y cultural”¹⁰⁵. Es por ello que afirmará que el respeto de los jueces por la Ley “no es absoluto [...ni...] la obediencia a ésta (...) es su único motivo” de acción, desde que “a sus ojos la ley no es una fórmula mágica, sino una manifestación de los ideales, actitudes, standards o valoraciones que (...) bajo el nombre de conciencia jurídica material (...) vive en [...su...] espíritu (...), y crea un motivo que puede llegar a entrar en conflicto con la conciencia jurídica formal y su reclamo de obediencia al derecho”¹⁰⁶. No obstante, que no sea su único motivo para actuar, no debe hacernos perder de vista que, según Ross, los jueces estarán predispuestos *en primer término* a cumplir sus funciones conforme a lo estipulado por la Ley (por la llamada “conciencia jurídica formal”). Esto quiere decir que, en opinión de Ross, el proceso de decisión judicial siempre da inicio dirigiendo la mirada hacia los textos normativos (se asume, en un primer momento, que lo que ellos disponen es obligatorio) y, como tal, serán la primera

¹⁰¹ Cfr. Ross, Alf. Op. Cit., p. 37.

¹⁰² Cfr. Ibid., pp. 70-71.

¹⁰³ Ibid., p. 72.

¹⁰⁴ Cfr. Ibid., pp. 131-139. No está de más, recordar que para Ross “derecho vigente significa el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas y que lo son porque ellas son vividas (experienced and felt) como socialmente obligatorias” (Ibid., p. 18).

¹⁰⁵ Cfr. Ibid., p. 133.

¹⁰⁶ Ibidem. Más adelante, en el punto 4, se sostendrá que la “conciencia jurídica material” de los juez debe regirse por la idea de “equidad”.

razón en ser evaluada por los jueces. Más allá de que podrían ser dejados de lado (si así lo exige la conciencia jurídica material), en la lógica de Ross, los jueces encuentran en los mismos la primera razón para fallar en uno u otro sentido (y, eventualmente, podría ser la *última* o *definitiva*). Los textos normativos, pues, pasan a ser relevantes para el razonamiento práctico de los jueces (porque así lo dispone la conciencia jurídica formal).

Esta revaloración de los textos normativos, a mi juicio, se puede apreciar con más fuerza en los llamados realistas genoveses. Por ejemplo Tarello, en relación con la labor de asignarle un significado a los enunciados que expresan prescripciones jurídicas, sostendrá que desde la perspectiva del intérprete (digamos, el juez), “lo único que es dado, que es determinable en tanto hecho, es el (...) enunciado: del cual se sabe (se asume) que expresa una prescripción, pero no se sabe con precisión qué prescripción”¹⁰⁷. Así, en esta lógica, la tarea del intérprete será determinar cuál es la prescripción que *asume* que expresa el enunciado que *le es dado*. Es por ello que Tarello claramente dirá que “en el caso de las prescripciones jurídicas, la prescripción, más que un dato, constituye el resultado de una operación. Para el operador jurídico, los datos se reducen al enunciado prescriptivo, a la presencia de otros enunciados prescriptivos que, eventualmente (...), pueden ser reagrupados sistemáticamente con el enunciado en cuestión, y a la situación de aplicación (a la situación en que se duda si la prescripción es o no aplicable). (...). Lo que se interpreta es el enunciado. La prescripción, la norma, resulta el producto de (...) la interpretación (que es interpretación del enunciado)”¹⁰⁸.

De esta forma, en la lógica de Tarello, la prescripción jurídica, el significado, es producto de la actividad que el “operador jurídico” realiza sobre los enunciados jurídicos; pero, y esto es clave, también lo es que estos últimos *realmente* existen (en tanto *hecho* determinable), que a ojos vista del intérprete *les son dados* (es decir, que él no los crea) y, sobre todo, que en su fuero interno asume que le transmiten “algún” significado (sabe que expresan una prescripción pero no cuál). Para este autor, los jueces crean las prescripciones que finalmente imponen, sí, pero lo hacen sobre la base de unos enunciados que ellos *no crearon* y que, por lo mismo, entienden que les transmiten *algo*. Como señaló en otro momento, “la interpretación parte de un documento, o de más documentos, que se presume expresen normas, y el primer paso consiste en la atribución de significado a un documento normativo y a los

¹⁰⁷ Tarello, Giovanni. “La semántica del néustico. Observaciones sobre la “parte descriptiva” de los enunciados prescriptivos”. En: *El realismo jurídico genovés*. Op. Cit., p. 25.

¹⁰⁸ Ibid., p. 28. Tarello, que fue el que llevó el realismo jurídico estadounidense al ámbito iusfilosófico italiano, siempre sostuvo la distinción lingüística entre texto y significado y, por tanto, entre “enunciado normativo” y “norma jurídica”, siendo la segunda el significado que por medio de la interpretación se le atribuye al primero. Así, pues, no es que las normas *tengan* un significado sino que son *en sí mismas* un significado. ¿Cuál?, el que le hubiera atribuido el intérprete al enunciado normativo. Las normas jurídicas, para Tarello, son variables dependientes de la interpretación (Cfr. Guastini, Riccardo y Rebuffa, Giorgio. “Introducción”. En: Tarello, Giovanni. *Cultura jurídica y política del Derecho*. Traducción de Isidro Rosas Alvarado. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 12-15).

enunciados en que él se subdivide”¹⁰⁹. En tal sentido, para Tarello, desde el punto de vista de los propios jueces, los textos normativos aparecen como el insumo indispensable para la realización de su actividad interpretativa (sin texto interpretable no hay interpretación) y, como tal, no cabe más que reconocer que se constituyen en la guía primigenia del razonamiento judicial, en tanto que se presume que ofrecen algún significado, aunque no se sepa cuál. No obstante, Tarello no llega a sostener que esos enunciados *objetivamente* contienen “ciertos” significados, más allá de lo que asuma o presuma el intérprete. Es por eso que Hierro dirá que, para Tarello, “parece que el legislador cuando aprueba un enunciado normativo, no manda, prohíbe o permite nada, no quiere decir nada; se limita a ofrecer a los jueces y juristas unas cuantas palabras para que ellos se entretengan en dotarlas de sentido normativo”¹¹⁰.

Ese paso sí lo da Riccardo Guastini que, al ser partidario de la tesis escéptica sobre la interpretación jurídica (y, desde luego, del realismo jurídico), explica claramente que desde esta perspectiva se entiende que las normas jurídicas son “variables dependientes de la interpretación” y, por tanto, que la actividad interpretativa hecha por los jueces es una “actividad productiva del Derecho: es más, la interpretación –no la legislación (en sentido material)– aparece como la única actividad genuinamente productiva de Derecho”¹¹¹. Esta conclusión, que es innegociable para todo realista que se precie de serlo, tal como explica el mismo Guastini, no supone en modo alguno negar dos hechos que, aun cuando son obvios, no han sido lo suficientemente resaltados por los militantes en esta mirada del Derecho:

- (i) Si bien es cierto que la interpretación *produce* –porque *asigna*– significados, también lo es que “la producción de un significado por vía de interpretación presupone obviamente la existencia de un texto: el texto interpretado” y, en tal sentido, que “la producción de un significado es una cosa muy diferente de una creación *ex nihilo*: se asemeja más bien a la transformación de una materia prima, más o menos elaborada”¹¹²; y
- (ii) Si bien es cierto que al interpretarse los textos normativos se les *asigna* –y no se *descubre*– un significado, también lo es que “los textos normativos (...) no carecen (...) de significado, sino que están potencialmente dotados de una pluralidad de significados y, por tanto, son susceptibles de una multiplicidad de interpretaciones: al menos tantas interpretaciones cuantas sean consentidas por las reglas del idioma, por los métodos interpretativos, y por la dogmática”¹¹³; aunque, naturalmente, “esto no excluye que los jueces (...) atribuyan a un texto normativo un significado que está fuera del marco” y, mucho menos, “excluye que la decisión

¹⁰⁹ Tarello, Giovanni. *La interpretación de la Ley*. Op. Cit., p. 122.

¹¹⁰ Hierro, Liborio. “Sostiene Barberis. Consideraciones sobre el trayecto genovés desde el realismo jurídico al constitucionalismo”. Op. Cit., p. 225.

¹¹¹ Guastini, Riccardo. “Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación”. Op. Cit., p. 164.

¹¹² Ibid., p. 164.

¹¹³ Ibid., p. 165.

fundada sobre este significado “anómalo” produzca efectos jurídicos, al menos provisionales y al menos *inter partes*”¹¹⁴.

Como se puede apreciar, para Guastini, no es que el intérprete simplemente asuma en su fuero interno que los textos normativos, que empíricamente existen, expresan alguna prescripción. Para él, *objetivamente* transmiten ciertos significados que, al margen de la opinión del intérprete, fijarán *de hecho* un “marco de interpretación” teóricamente cognoscible *ex ante*¹¹⁵. Como señala Barberis: “Guastini sostiene precisamente que cada enunciado (disposición) –lejos de carecer de significado antes de la interpretación– expresa un marco de significados entre los que el intérprete debe elegir, produciendo de este modo la norma”¹¹⁶. Y si ello es así, como subraya Hierro, está admitiendo que una proposición normativa puede ser calificada como verdadera o falsa, en función de si recoge –o no– alguno de los posibles significados ubicados dentro del marco señalado¹¹⁷. En tal sentido, para Guastini, al juez *le vienen dados* no sólo los textos normativos, sino también sus posibles significados. Que al final pueda asignar cualquier significado, incluso alguno ubicado fuera del marco, no quiere decir que el marco señalado no existe o que su mayor o menor extensión depende de la subjetividad del intérprete¹¹⁸.

Claramente, pues, los autores realistas contemporáneos –a diferencia de sus pares estadounidenses y escandinavos– sí reconocen la centralidad de los textos normativos en el proceso de razonamiento judicial. Ello es así porque, en mi opinión, no es empíricamente posible rechazar las dos obviedades señaladas por Guastini. Y es que negar la primera equivaldría, por ejemplo, a afirmar que un panadero hace pan, cuando quiere y como quiere, pero sin utilizar para ello harina de trigo, de maíz, de cebada, de papa, etc. Que irrefutablemente lo haga según su voluntad, no quiere decir

¹¹⁴ Guastini, Riccardo. “Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación”. Op. Cit., p. 167. En mi opinión, es este dato –presente en todo Derecho– el convierte a la tesis escéptica de la interpretación en la mejor explicación sobre lo que los jueces empíricamente hacen –o pueden hacer–, al momento de resolver controversias.

¹¹⁵ Cfr. Guastini, Riccardo. “Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación”. Op. Cit., p. 166.

¹¹⁶ Barberis, Mauro. “El realismo jurídico europeo-continental”. Traducción de Álvaro Núñez Vaquero. En: Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho. Jorge Luís Fabra Zamora y Álvaro Núñez Vaquero (editores). México DF: UNAM, 2015, Vol. I, p. 232.

¹¹⁷ Cfr. Hierro, Liborio. “Sostiene Barberis. Consideraciones sobre el trayecto genovés desde el realismo jurídico al constitucionalismo”. Op. Cit., p. 227.

¹¹⁸ Aunque no las expresó con los términos utilizados por Guastini, estas obviedades también se desprenden de las tesis defendidas por Troper (máximo representante de las tesis realistas en Francia). Primero, porque reconoce que la norma jurídica, que es producto de la interpretación del juez, “está contenida en un texto: constitución, ley, decreto o cualquier otro” (Troper, Michel. *Por una teoría jurídica del Estado*. Op. Cit., p. 314), lo que invariablemente quiere decir que ese texto *realmente existe* y, sobre todo, que es el insumo principal para la creación judicial del Derecho (la norma jurídica *sale* del texto normativo). Segundo, porque afirma que “todo texto sufre un cierto grado de indeterminación y encierra varios significados, entre los cuales el órgano de aplicación debe elegir” (Ibid., p. 275), lo que implícitamente implica reconocer que los textos normativos no son totalmente indeterminados y, por ende, que no carecen de significados (si encierran “varios significados”, entonces transmiten “varios significados”). Y, tercero, porque al igual que Guastini sostiene que sea cual sea el sentido que finalmente asigne el juez “nada puede cuestionar[o] eficazmente, (...) porque no existe una interpretación standard con la que se le pueda cotejar, (...) porque no es anulable y produce efectos sea cual sea su contenido” (Ibid., p. 316).

que no utilice el insumo básico para hacer la masa que, luego, moldeará según su leal saber y entender. Por supuesto, después puede añadirle todos los ingredientes que desee (por ejemplo, levadura), pero ello en modo alguno le quita centralidad al insumo principal: simplemente, sin harina no hay pan. La misma analogía se puede utilizar para apuntalar la segunda obviedad: negarla equivaldría a sostener que, desde que el panadero puede hacer con los insumos lo que quiera, no existe criterio alguno para identificar el pan cuando lo vemos. Si sabemos qué es el “pan”, es porque con ese significante se alude a algo que ya conocemos, esto es, que significa algo. Desde luego, el panadero a fin de diferenciar sus productos puede añadir todos los adjetivos que desee al sustantivo “pan” (por ejemplo, “baguette”, “francés”, “integral”, etc.) pero, por más que quiera, jamás podrá alterar el significado que se transmite con ese “nombre”.

Lógicamente, esta analogía no es del todo exacta porque el juez, por la posición institucional que ocupa, sí puede imponernos un significado “anómalo” (uno que no se desprende, por ejemplo, de la proposición lingüística en la que está formalizado el texto normativo), mientras que el panadero por más que diga que un pastel es el pan del día, no podrá obligarnos a aceptarlo como tal. Pero, vale la analogía para explicar las dos obviedades que Guastini ha puesto de manifiesto, las mismas que, en mi opinión, no alteran en nada el corazón del planteamiento realista: afirmar que la interpretación judicial siempre es un acto puro de la voluntad (vale decir, la tesis escéptica sobre la interpretación jurídica). Tan sólo nos exige reconocer que los textos normativos, desde el punto de vista interno (o de los propios jueces), por el solo hecho de existir, cumplen un rol preponderante en la producción judicial del Derecho (tal cual la harina en relación con el pan) y, por tanto, que rara vez es un acto *ex nihilo*. Y es que, en palabras de Ross, “toda interpretación del derecho legislado comienza con un texto, esto es, una formulación lingüística escrita”¹¹⁹. No cabe duda, entonces, que los textos normativos, para el realismo jurídico contemporáneo, sí cumplen un papel en el razonamiento judicial: son el necesario *punto de partida*. Es por ello que el mismo Guastini, siendo consecuente con su escepticismo interpretativo, afirmará que el Derecho contemporáneo “nace de la combinación de dos actividades distintas igualmente “productivas”, aun cuando lo sean a título diverso: la producción de textos (ésta sí *ex nihilo*) y la construcción de significados”¹²⁰.

¿Esto quiere decir que, para el realismo contemporáneo, la justicia de Cadí empíricamente ya dejó de existir? Desde que siguen defendiendo el escepticismo interpretativo, me parece que dirían que “de ninguna manera”. Y es que, por más que los textos normativos atraigan efectivamente la mirada de los jueces y que, a estos efectos, les trasladen ciertos significados (o prescripciones sobre cómo debe ser

¹¹⁹ Ross, Alf. Op. Cit., p. 108.

¹²⁰ Guastini, Riccardo. “Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación”. Op. Cit., p. 165. De hecho, esta es la posición que defiende el llamado “realismo jurídico genovés” (con excepción de Tarello). Cfr. Barberis, Mauro. Op. Cit., p. 238.

resuelto el caso), nada asegura que elijan alguno de los contenidos en el “marco” o, que habiéndolo hecho, finalmente se adhieran a dicha solución. Si a este dato se añade que, sea cual sea la decisión final, siempre será válida (o vigente), entonces no queda más que reconocer que la introducción de los textos normativos no ha conseguido, de hecho, eliminar la imprevisibilidad e irracionalidad de la actuación judicial. La justicia de *cadí*, pues, subsiste (a pesar del papel que la Ley aspira a cumplir en el juego de gobernar). No obstante, no puede dejar de reconocerse, tal como lo ha hecho el realismo contemporáneo, que los textos normativos empíricamente son *el punto de partida* del razonamiento judicial (pero nunca la razón *única* del fallo).

2.3 El papel de la legislación, dentro del juzgamiento, en el contemporáneo “Juego de Gobernar”: los textos normativos como razones en primer término para los jueces.

Parece ser claro, entonces, que el *propósito* de la legislación es establecer soluciones generales *ex-ante* que permitan a los gobernados, primero, *prever* las consecuencias de sus acciones u omisiones (si realmente lo logra o no, es otra cuestión¹²¹) y, segundo, *liberarse* de la potencial sinrazón del juzgador (se establece una “regularidad inviolable”, al menos, en un sentido mínimamente igualitario¹²²). Pero, a su vez, también parece ser cierto que *empíricamente* la Ley no llega a eliminar la permanencia de la “justicia de *cadí*”, sino que tan sólo le ofrece al juez un motivo para actuar *en primer término*. Esto es, mientras la Ley aspira a ser “la razón” del fallo, de hecho tan sólo es “la primera razón” a tenerse en cuenta. Y si ello es así, aparece la siguiente pregunta: ¿cómo se explica eso? La tesis que voy a defender en este acápite es que justicia de *cadí* y textos normativos se compatibilizan *de esa manera*, en virtud del que a partir de ahora convengo en llamar el “Juego de Gobernar”. Y es que, como dice Comanducci, los Derechos contemporáneos “combinan decisiones “tomadas al por mayor” por el legislador respecto a una multitud de casos, y decisiones “tomadas al por menor” por los jueces”, a fin de “alcanzar —en la medida de lo posible— los dos valores (certeza y equidad), aun sabiendo que se trata de una empresa que nunca podrá ser realizada completamente”¹²³. Son, pues, las necesidades actuales de gobierno las que llevan a compatibilizar los textos normativos con la subsistente

¹²¹ Jerome Frank, aun cuando afirmó tajantemente que la llamada “seguridad jurídica” era una ilusión (la llamó *the basic myth*), jamás sostuvo que ningún grado de certeza podía ser alcanzado. Para él, el mito consistía en exigir del Derecho un grado de exactitud y previsibilidad imposible de satisfacer (incluso, innecesario e indeseable). En sus propias palabras: “Only a limited degree of legal certainty can be attained. The current demand for exactness and predictability in law is incapable of satisfaction because a greater degree of legal finality is sought than is procurable, desirable or necessary” (Frank, Jerome. *Law and the modern mind*. Op. Cit., p. 12).

¹²² Cuando se positiviza una solución estándar no sólo se dice que el caso *estandarizado* debe resolverse según la misma (excluyéndose, aparentemente, el arbitrio del juzgador) sino, además, que los casos idénticos o similares deben tener la misma respuesta (y, por eso, los vuelve un *caso-tipo*), al margen de cualquier consideración personal (razón por la cual se dirige a un *sujeto-clase*). La estandarización presupone, al menos, la antigua idea de la igualdad ante la Ley. Cfr., García Manrique, Ricardo. *El valor de la seguridad jurídica*. Op. Cit., p. 126.

¹²³ Comanducci, Paolo. Op. Cit., p. 63.

justicia de cada uno bajo la fórmula “textos normativos = razones *primeras* para la decisión judicial”, tal como se verá a continuación¹²⁴.

2.3.1 Una aproximación a las funciones legislativa y judicial desde la perspectiva del “juego” y de las “reglas de funcionamiento”.

Como señala Posner¹²⁵, para dar cuenta del propósito y de las pautas que rigen la actividad de juzgar (y entiendo que también las de legislar), se puede recurrir a la figura del “Juego”. Como se sabe, un juego es una convención en virtud de la cual un grupo de seres humanos, en un determinado momento: (i) se puso de acuerdo sobre cómo comportarse en lo sucesivo a fin de desarrollar cierta actividad lúdica y que, a estos efectos, (ii) establecen una serie de reglas que definen e identifican la actividad y su propósito¹²⁶. Por ejemplo, para jugar al “fútbol” se *necesita* dos equipos de once jugadores cada uno, tres árbitros, una cancha de césped que cuente con determinadas medidas de ancho y longitud, un balón que cuente con cierto peso y, sobre todo, que los jugadores que están en la cancha jamás lleven el balón con las manos o con los brazos (salvo el portero). De esta forma, si se quiere anotar un gol (el propósito del juego) tendrá que hacerse con los pies, las piernas, la espalda, el pecho, el estómago, la cara o la cabeza, pero nunca con las manos o los brazos. Por el contrario, si lo que queremos es pasarnos mutuamente el balón con las manos, sin que nos cobren una penalidad, y aun así anotar un gol, entonces lo que queremos es jugar otro juego llamado “rugby” (o cualquier otro pero, definitivamente, no al fútbol). Cada juego, pues, tiene sus propias reglas de funcionamiento *necesarias* que, precisamente, nos permitirán identificarlo, diferenciarlo y, desde luego, jugarlo (son, en tal sentido, reglas constitutivas)¹²⁷.

Por supuesto, al lado de las mismas existen otro tipo de reglas que, sin llegar a ser necesarias, regulan el comportamiento debido o armónico de los jugadores una vez iniciado el juego. Es decir, son reglas que admiten la posibilidad de ser infringidas porque, su incumplimiento, no afecta en nada la existencia del juego. Por ejemplo, el juego del fútbol requiere que los jugadores se comporten de tal forma que no se obstruyan o pateen entre sí (es decir, que no cometan “faltas”). No obstante, que un defensa tire de la camiseta al delantero contrario o que éste cargue sobre el arquero en el área pequeña, no quiere decir que se deja de jugar al fútbol sino, simplemente,

¹²⁴ Subyace a la idea de presentar a los jueces y tribunales como parte del “Juego de Gobernar”, la aproximación metodológica denominada “political jurisprudence” que, parafraseando a Shapiro, afirma que los organismos jurisdiccionales *de facto* son agentes o actores políticos *por sí mismos* y, como tal, que la mejor manera de compatibilizar y distinguir las labores de legislar y de juzgar es presentándolas —o describiéndolas— como dos etapas consecutivas de una *única* matriz de gobierno que, desafortunadamente, no siempre producen decisiones coincidentes entre sí (Cfr. Shapiro, Martín. “Political jurisprudence”. Op. Cit., pp. 19-54).

¹²⁵ Cfr. Posner, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Traducción de Victoria Roca Pérez. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, p. 109.

¹²⁶ Cfr. Robles, Gregorio. *Las reglas del Derecho y las reglas de los juegos: ensayo de teoría analítica del Derecho*. Palma de Mallorca: Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1984, pp. 31-39.

¹²⁷ Cfr. Ibid., pp. 32-33.

que se está jugando mal o, peor aún, sucio. A diferencia de las primeras, las reglas que estipulan el comportamiento *debido* no son constitutivas y, por tanto, aun cuando son importantes *no son necesarias*¹²⁸. Ello es así porque, si se modifican o eliminan, no sucede lo mismo con el juego que regulan. Simplemente, cambian las reglas de comportamiento debido pero no el juego en sí mismo¹²⁹. Por ejemplo, actualmente un jugador de fútbol es expulsado de la cancha si recibe una segunda tarjeta amarilla pero, hasta hace algunos años, era imprescindible que recibiera tres. De este modo, todo juego consistirá en un conjunto de reglas que, de un lado, nos posibilitarán saber de *antemano* cuándo se está jugando uno u otro juego y qué se tiene que hacer para lograr su propósito (las “reglas de funcionamiento necesarias”) y, de otro, cuándo una acción (u omisión) será considerada indebida o antirreglamentaria (las “reglas de funcionamiento no necesarias”)¹³⁰.

Es conveniente resaltar que la clave de este símil está en el carácter de dichas reglas: *prescripciones* que definen o determinan una cierta actividad, tal como los “juegos”, pero que no poseen la condición de “jurídicas”¹³¹. Ello es así porque no pertenecen a ningún Sistema Jurídico y, mucho menos, están respaldadas por mecanismo de coacción alguno. Sin embargo, son “normas” porque, aun cuando para verse satisfechas requieren siempre de la *adhesión* del participante de la actividad, sí tienen carácter normativo: estipulan –y no describen– criterios de comportamiento para los participantes del juego (su contenido, claramente, también pertenece al mundo del “deber ser”)¹³². Desde luego, cuando me refiero a las “reglas de funcionamiento necesarias” lo hago con el propósito de resaltar que no estamos ante cualquier tipo de normas: son prescripciones que establecen las señas para identificar, en los hechos, un juego determinado y, sobre todo, los pasos que deben darse para que se cumpla su propósito. Haciendo otro símil, las que llamo “reglas de funcionamiento necesarias”

¹²⁸ Cfr. Robles, Gregorio. Op. Cit., p. 33.

¹²⁹ A la reglas de funcionamiento necesarias e innecesarias Ross las denomina “reglas primarias” en genérico y las diferencia de las “reglas técnicas”, es decir, de aquellas reglas que no regulan el juego propiamente dicho, sino la estrategia de los jugadores sobre cómo jugarlo. Por ejemplo, aun cuando en el juego del fútbol tácticamente es posible una formación 1-1-1-8, difícilmente algún equipo la llegue a implementar efectivamente, de forma que se puede hablar de la existencia de una regla que prohíbe una formación como la señalada (Cfr. Ross, Alf. Op. Cit., pp. 14-15).

¹³⁰ Von Wright definió la idea de “juego”, apelando a la noción de “regla”, de la siguiente manera: “Jugar un juego es una actividad humana. Esta se desarrolla con arreglo a patrones fijos, que se pueden llamar movimientos del juego. Diremos que las reglas del juego determinan estos movimientos o patrones –y de este modo también al juego mismo y la actividad de jugarlo–. Podríamos decir que, desde el punto de vista del juego mismo, las reglas determinan cuáles son los movimientos correctos, y, desde el punto de vista de la actividad de jugar, las reglas determinan cuáles son los movimientos permitidos. Se entiende que los movimientos incorrectos les están prohibidos a los jugadores del juego, y que un movimiento que es el único movimiento correcto en una situación específica del juego es obligatorio cuando uno está jugando el juego” (Von Wright, G.H. *Norma y acción: una investigación lógica*. Traducción de P. García Ferrero. Madrid: Tecnos, 1979, p. 26).

¹³¹ Von Wright distinguió entre “reglas” y “prescripciones”, siendo las primeras aquellas que constituyen y pautan el desarrollo de un “juego”, mientras que las segundas serían órdenes proferidas por alguna autoridad tal como las “Leyes del Estado”. Así, pues, siguiendo a este autor se puede decir que las reglas de los juegos, en tanto no están respaldadas por ninguna autoridad, carecen completamente de juridicidad. No son, pues, prescripciones del tipo “Leyes del Estado” (Cfr. *Ibid.*, pp. 21-35).

¹³² Cfr. Peces-Barba, Gregorio, Fernández, Eusebio y Asís, Rafael de. *Curso de teoría del Derecho*. Op. Cit., p. 18.

serán a un “juego cualquiera”, lo que para Fuller la “moral interna del Derecho” es al “Derecho en sí mismo”: un conjunto de exigencias, sin cuya aceptación y seguimiento, sería imposible la creación, funcionamiento y existencia de un sistema jurídico (por ejemplo, no cabe un Derecho secreto, retroactivo, inentendible, incoherente, imposible e inestable)¹³³. En tal sentido, las “reglas de funcionamiento necesarias” serán esas prescripciones a las que nos tenemos que adherir si es que queremos que se constituya y desarrolle un juego determinado y, sobre todo, que se cumpla su propósito. Sin ellas el juego, simplemente, no existe.

La ventaja de apreciar a las funciones legislativa y judicial como un juego es que se les puede definir –y, sobre todo, diferenciar– sin recurrir a la idea de “deber jurídico”¹³⁴. De esta forma, a la vez que se afirma que los jueces siempre actúan con discreción fuerte (lo que, ciertamente, supone rechazar la presencia de deberes jurídicos *pre-existent*s al acto de juzgar, ya sean formales, ya sean materiales¹³⁵), se puede sostener sin caer en contradicción alguna que sí existen “normas” que nos permiten identificar y diferenciar *empíricamente* el acto de legislar de la acción de juzgar (las “reglas de funcionamiento necesarias e innecesarias”). Por lo demás, distinguir dichas tareas recurriendo a la supuesta presencia de “deberes jurídicos *diferenciados*” (como es habitual en la doctrina especializada¹³⁶), supone asumir “que la práctica de los jueces [y de los legisladores] se conforma a los deberes aceptados en los códigos”¹³⁷ y, lo que es peor, que su posible incumplimiento no afecta en absoluto la existencia de la función (ésta se define por la presencia de la prescripción contenida en el deber y no por su cumplimiento efectivo). Precisamente, apelar a la noción de “reglas de funcionamiento” nos evita la inconsistencia de afirmar que la función “existe”, al margen de si efectivamente se cumplen los deberes que supuestamente le darían identidad. Y es que, al ser constitutivas del juego, su incumplimiento no nos lleva a un mal funcionamiento del mismo, sino a su total inexistencia (si se juega al fútbol pasándose el balón con la mano, no es que se esté jugando mal, sino que simplemente se está jugando a otra cosa). La diferencia, entonces, entre las funciones legislativa y judicial no es “jurídica” sino, simplemente, fáctica: son juegos distintos, los

¹³³ Cfr. Fuller, Lon L. *The morality of law*. Op. Cit., pp. 33-94.

¹³⁴ De las “reglas de funcionamiento” no se desprende ningún deber u obligación *jurídica*. Sobre las diferentes posiciones en torno a cuándo existe un “deber jurídico”, Cfr. Peces-Barba, Gregorio, Fernández, Eusebio y Asís, Rafael de. *Curso de teoría del Derecho*. Op. Cit., pp. 268-272.

¹³⁵ Aun cuando no comparto la concepción no-positivista del Derecho de Josep Aguiló, me parece que está en lo correcto cuando afirma que “desde el escepticismo radical hacia la capacidad regulativa del derecho, es realmente difícil hablar de deberes jurídicos de los jueces” (Aguiló Regla, Josep. “Ética judicial y Estado de derecho”. En: *El buen jurista: deontología del Derecho*. Cristina García Pascual (coordinadora). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 66).

¹³⁶ Al respecto, Cfr.: (i) Andrés Ibáñez, Perfecto. “Ética de la independencia judicial”. En: *El buen jurista: deontología del Derecho*. Op. Cit., pp. 41-47; (ii) Aguiló Regla, Josep. “Ética judicial y Estado de derecho”. Op. Cit., pp. 66-67; y (iii) Laporta, Francisco. *El imperio de la Ley*. Op. Cit., pp. 193-196.

¹³⁷ Llewellyn, Karl. “Una teoría del Derecho realista: el siguiente paso”. En: *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Op. Cit., p. 258.

jugadores correspondientes se *adhieren* a reglas de funcionamiento diferentes y, como tal, se comportan de diferente manera¹³⁸.

Desde luego, el problema ahora será identificar sus respectivas reglas de funcionamiento necesarias que, precisamente, son las que les dan identidad y/o singularidad a los juegos de legislar y de juzgar. Y, a estos efectos, habrá que preguntarse, siguiendo a Ross, “qué reglas son efectivamente vividas (felt) por los jugadores como socialmente obligatorias”¹³⁹; esto es, habrá que identificar cuáles son “de hecho efectivas en el juego y (...) externamente visibles como tales” y, sobre todo, “por qué reglas se sienten ligados” los propios jugadores¹⁴⁰. En tal sentido, para diferenciar la actividad legislativa de la judicial, habrá que determinar qué comportamientos son regulares en la actuación de los jugadores llamados “legislador” y “juez” (el elemento externo) y, luego, identificar aquellas conductas que son habituales precisamente porque los jugadores, en su fuero interno, las sienten como socialmente obligatorias (el elemento interno). La resultante de estos pasos serán las reglas de funcionamiento necesarias.

2.3.2 El Juego de Legislar, la mirada retrospectiva y la solución genérica.

Para identificar empíricamente el “Juego de Legislar” hay que determinar cuáles son sus reglas de funcionamiento *necesarias* y su propósito (el establecimiento de “soluciones generales *ex-ante*”). Y para hacer ello, en primer término, habrá que reconocer que dicho juego forma parte del “Juego de Gobernar” y, por ende, que está inmerso en un *mega-juego* que, para cumplir con su propio propósito, abarca dos momentos o etapas: la legislación y el juzgamiento. De esta forma, si el objetivo del Juego de Gobernar es “establecer soluciones” a los problemas de los gobernados, entonces las reglas que definen o determinan ambos sub-juegos (las de funcionamiento necesarias) tendrán que estar coherentemente dirigidas a posibilitar la obtención de dicho propósito. Bajo esta lógica, entonces, entre el Juego de Legislar y el Juego de Juzgar *de hecho* no debe existir divergencia alguna (de haberla, no se cumpliría el propósito del Juego de Gobernar). Dicho de otro modo, tendrán que ser *fácticamente* complementarios. La pregunta ahora es: ¿cómo lo hacen? La respuesta, me parece, está en desarrollar la idea sobre las diferentes “miradas”, pero convergentes, que cada uno de dichos juegos ofrece para resolver los problemas cotidianos o extraordinarios que aquejan –o pueden aquejar– a los gobernados.

¹³⁸ Esta idea, me parece, es la que está detrás de las siguientes palabras de Posner: “No juegas al ajedrez a menos que estés dispuesto a jugar con las reglas. Las reglas del juego al que me refiero cuando hablo del proceso judicial no son reglas jurídicas. (...). Son regla de presentación, conciencia de los límites y del rol, valores del proceso, una cultura propia de la profesión. (...). Si no juegas al ajedrez conforme a sus reglas, sino que eres un político con toga, estás haciendo algo y puede que ese algo sea una cosa que valoras más que el juego de juzgar, como se supone que se ha jugar ese juego [pero, desde luego, no juegas al juego de juzgar]” (Posner, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Op. Cit., p. 109).

¹³⁹ Ross, Alf. Op. Cit., p. 16

¹⁴⁰ Ibidem.

Efectivamente, resolver un conflicto, presente o potencial, implica adoptar una *decisión* y, para hacerlo, hay que contar con *información*: de un lado, la relativa a sus causas y, de otro, la correspondiente a su solución. En tal sentido, el Juego de Gobernar exigirá del que asume el rol de “gobierno”, que tome en cuenta toda la información que sea relevante (jurídica, política, moral, económica, histórica, sociológica, etc.), para resolver los problemas que padecen –o pueden padecer– los que cumplen el papel de “gobernados”. Y es ahí, precisamente, donde entra a tallar *en primer término* el Juego de Legislar: efectuando una “mirada retrospectiva” (su principal regla de funcionamiento *necesaria*), *estandariza soluciones* para los conflictos interpersonales que se producirán *a partir de ese momento* (su propósito). Esto es, procesa toda la información hasta ese entonces recabada y/o considerada especialmente relevante sobre algún problema social conocido o previsible (da una mirada hacia atrás)¹⁴¹ y, después, adopta la siguiente *decisión*: producir una *solución general* que, por su contenido, resuelve *problemas genéricos o acciones-tipo* y, por su sujeto, se dirige a una *clase o tipo de destinatarios*¹⁴². Es, pues, de esta forma cómo el gobierno rige por medio de la legislación: produce soluciones genéricas (o *estándares*) que, sin perjuicio de la forma que finalmente adopten (Constitución, Ley, Precedente, Costumbre, Tratado, etc.), serán las que permitan a los individuos (siempre que estén dentro de la *clase*) prever *razonablemente* las consecuencias de sus *actos futuros* (o, lo que es lo mismo, de realizar o no las *acciones-tipo*). Simplificando, la mirada retrospectiva supone mirar *hacia atrás* pero con el objetivo de solucionar problemas *hacia adelante*.

Por supuesto, ello solamente es posible en virtud de las reglas de funcionamiento que determinan la existencia y el funcionamiento de este juego (las *necesarias*). Por ejemplo, el que asume el rol de legislador *acepta* recoger, depurar y procesar información sobre los diversos problemas que afectan a los gobernados (actuales o futuros) para, a partir de ese momento, resolverlos por medio de una solución estándar¹⁴³. De esta forma, se compromete a mirar hacia atrás para: (i) identificar *por sí mismo* los diversos conflictos sociales vigentes y especialmente relevantes (la regla de los “vasos comunicantes”), y (ii) investigar sobre sus causas, factores asociados y, en general, sobre toda la información que se considere útil para resolverlo (la regla de la “investigación exhaustiva”). Luego de esto, accede a procesar y depurar dicha información a fin de hallar la mejor solución *posible* –que podría ser no emitir ningún

¹⁴¹ Asumir que la legislación tienen por objeto resolver problemas sociales, es el enfoque metodológico que defiende Virgilio Zapatero a fin de construir una “teoría de la legislación racional” (Cfr. Zapatero, Virgilio. Op. Cit., pp. 84-93).

¹⁴² Cfr. Laporta, Francisco. *El imperio de la Ley: una visión actual*. Op. Cit., pp. 86-90.

¹⁴³ Desde que, para Virgilio Zapatero, el objeto de la legislación es resolver problemas sociales, entonces el procedimiento legislativo puede ser representado como un proceso de investigación empírico dirigido a recabar información sobre el problema en sí mismo (sus causas y características), la solución que se espera alcanzar (el propósito) y los medios o mecanismos con los que se cuenta (Cfr. Zapatero, Virgilio. Op. Cit., pp. 75-115). Es por ello que, en su opinión, “toda decisión normativa [legislativa en este caso] se puede descomponer en tres elementos: un elemento de denuncia o enunciación polémica del problema; un elemento programático (qué hacer) y un elemento instrumental (los medios)” (Zapatero, Virgilio. Op. Cit., p. 89).

estándar¹⁴⁴ o no hacerlo en ese momento— (la regla del “juicio de oportunidad”) y, sobre todo, a igualar a todos aquellos que *en el futuro* estén inmersos en ese problema por medio de la respuesta genérica correspondiente (la regla de la “solución general no retroactiva”). Son, pues, todas esas reglas de funcionamiento las que permiten la llamada “mirada retrospectiva” y, por ende, las que supuestamente harían posible que el Juego de Legislar cumpla con su propósito: hacer frente a los problemas de imprevisibilidad y arbitrariedad propios del “mundo sin reglas”¹⁴⁵.

Desde luego, el Juego de Gobernar no termina en esta etapa, es decir, luego de haberse emitido la “solución general no retroactiva”. Y no puede hacerlo porque los estándares genéricos, por sí mismos, no solucionan los problemas particulares. Y no lo hacen porque, por su estructura, resuelven *problemas-tipo* dirigiéndose a *sujetos-clase*. Los casos singulares no son materia, pues, de los textos normativos. Es por eso que el Juego de Gobernar, a fin de dar respuesta o solución a los mismos, ha previsto una subsiguiente etapa: el juzgamiento. Así, pues, por la forma cómo ha sido diseñado el gobierno (según sus respectivas reglas de funcionamiento), es que se puede decir con Jerome Frank que “the business of the judges is to decide particular cases”¹⁴⁶ y, sobre todo, que la capacidad de incidencia de la legislación en la realidad cotidiana de los gobernados está limitada —pudiéndose incluso anular— por la posición que ocupa en el mega-juego de gobernar: es el primer momento o etapa de dicha maquinaria y, por tanto, resulta más o menos obvio que el gobierno no depende sólo de su voluntad. Dicho de otro modo, para ver satisfecho su propósito (establecer una “regularidad inviolable” que le permita a los gobernados liberarse de la incertidumbre y la arbitrariedad), necesariamente tendrá que contar con el *concurso* —y no la *competencia*— de las decisiones que finalmente se adopten en la segunda y última etapa del mecanismo de gobierno, esto es, del Juego de Juzgar.

Y si ello es así, apelando a las categorías propias de la “Teoría de Juegos”, es evidente que las soluciones que son adoptadas en el Juego de Legislar, se realizan en un “contexto estratégico” de decisión o, lo que es lo mismo, en el marco de una situación marcada por la presencia de un agente diferente al legislador (el juez) que, potencialmente, podría no cooperar con —o, incluso, boicotear— la obtención de su propósito (su poder discrecional fuerte le confiere la capacidad de “traicionar” al legislador), aun cuando hubiera un acuerdo previo que supuestamente asegura lo

¹⁴⁴ Sobre la opción “no hacer nada” como mejor política legislativa, Cfr. Zapatero, Virgilio. Op. Cit., pp. 117-145.

¹⁴⁵ Como se puede apreciar, las “reglas de funcionamiento necesarias” están vinculadas a la idea de “predecibilidad” del mismo modo que la “moral interna del Derecho” de Fuller lo está con la “seguridad jurídica”: en ambos casos, estamos ante condiciones sin las cuales sus respectivos objetos de regulación (un “juego” en las primeras, el Derecho para la segunda), jamás podrían ofrecer “certeza” o “previsibilidad” (Cfr. García Manrique, Ricardo. *El valor de la seguridad jurídica*. Op. Cit., pp. 212-213).

¹⁴⁶ Frank, Jerome. *Law and the modern mind*. Op. Cit., p. 136.

contrario (la idea de la división de poderes)¹⁴⁷. En tal sentido, se puede concluir que la “mirada retrospectiva” interactúa con la “mirada prospectiva” (que se verá a continuación) en el contexto de un “juego no cooperativo”¹⁴⁸ y, por tanto, que los textos normativos por sí solos no eliminan los problemas de imprevisibilidad y arbitrariedad en la vida cotidiana. Todo parece indicar, entonces, que sin la colaboración de los jueces es empíricamente imposible alcanzar los ideales del “mundo con reglas”¹⁴⁹. Y, qué duda cabe, esto pone seriamente en entredicho la pretensión de la legislación de convertirse en la razón *única* o *definitiva* para la acción de los jueces. Parece ser que el diseño mismo del juego de gobernar (que ubica en segundo y último lugar al Juego de Juzgar), la coloca en una posición más modesta.

2.3.3 El “Juego de Juzgar”, la mirada “prospectiva” y la solución particular.

Como se acaba de señalar, la tarea histórica de los jueces es resolver controversias particulares y, actualmente, eso no ha cambiado en lo más mínimo. Lo que sí se ha modificado es el esquema de gobierno en el que se inserta: si en los orígenes no había ninguna clase de estándar positivo general *ex ante* que dirigiera la mirada hacia una solución general, ahora existe la figura de la “legislación” que precisamente tiene como propósito cumplir con esa función. ¿Quiere esto decir que los casos particulares ya están resueltos y, por tanto, que el juego de juzgar básicamente se reduce al “método jurídico tradicional”? En mi opinión, la respuesta debe ser negativa. Primero, porque como se demostró en el capítulo I, el “silogismo jurídico” depende de la selección e interpretación que haga el propio juez de los textos normativos a fin de fijar la *premisa mayor* y, por tanto, quedará a su discreción –en sentido fuerte– determinar si el caso que está ante sus ojos está resuelto o no. Y, segundo, porque el proceso de decisión judicial está –o, mejor, debe estar– gobernado por la idea de “equidad” (como se verá más adelante) y, por ende, el juez podría eventualmente ofrecer muy buenas razones para no plegarse a la solución ofrecida por los textos normativos seleccionados e interpretados (una situación de interacción *competitiva* con el legislador)¹⁵⁰. Sin embargo, esto no quiere decir que los jueces puedan prescindir con facilidad de las soluciones estandarizadas en los textos normativos.

¹⁴⁷ Cfr. Sánchez-Cuenca, Ignacio. *Teoría de juegos*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2da edición, 2009, pp. 6-7. Este dato no es menor. Veremos más adelante que, por el contrario, los jueces toman decisiones en contextos paramétricos o no estratégicos.

¹⁴⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 7.

¹⁴⁹ De hecho, el propio Llewellyn alertó de las implicaciones de no prever mecanismos que garanticen la colaboración de los jueces: “(...), uno de los mayores problemas del autor de proyectos legislativos es indagar la conducta existente de antemano, para estar seguro de que su formulismo, cuando se convierta en una regla oficial, no va a dormir simplemente la siesta de los códigos. Así, debe configurarlo de tal manera que induzca a su aplicación (con todos los desacuerdos que pueda comportar) o, de otra suerte (para todo fin salvo el de pacificar con palabras los constituyentes de su clamoroso contenido), su aliento va a disolverse en el aire” (Llewellyn, Karl. “Una teoría del Derecho realista: el siguiente paso”. Op. Cit., p. 267).

¹⁵⁰ No se olvide que, como explica Ross, la “conciencia jurídica formal” del juez, que siempre lo lleva a buscar la respuesta para el caso que está conociendo en los textos normativos, eventualmente podría verse desplazada por los dictados de su “conciencia jurídica material” (Cfr. Ross, Alf. Op. Cit., p. 133).

Efectivamente, si se presenta a la actividad judicial como un “juego”, entonces es obvio que tendrá sus propias reglas de funcionamiento *necesarias*; esto es, que: (i) le darán identidad frente a los otros juegos, (ii) pautarán su funcionamiento a fin de alcanzar su propósito y, sobre todo, (iii) harán que sea complementaria con la función legislativa (no se olvide que ambas son etapas del macro-juego de gobernar). Ello es así porque si las reglas del juego de legislar, a fin de resolver “casos futuros”, llevan a la “mirada retrospectiva”; las del juego de juzgar lo hacen hacia la “mirada prospectiva” pero, y esto es relevante, con el único objetivo de solucionar “casos pasados” (o, lo que es lo mismo, que ya se produjeron). De esta forma, inevitablemente esta última tendrá que operar sobre la base de la información acumulada, procesada y materializada en las soluciones generales *ex ante* producidas por el juego de legislar. Y si ello es así, entonces resulta más o menos obvio que la mirada prospectiva, que es la propia del juego de juzgar, necesariamente presupone “echar una mirada” *en primer lugar* a los significados contenidos en los textos normativos (es en este sentido, y sólo en éste, que se puede decir que los juegos de legislar y de juzgar son complementarios).

Examinemos con un poco más de detalle esta idea. Si el propósito del “juego de juzgar” es solucionar problemas particulares *después de* producidos (a diferencia, del “juego de legislar” que ofrece soluciones generales *antes de* que se produzcan los conflictos interpersonales), entonces el juez tendrá que recabar la “información suficiente” que le permita adoptar la decisión correspondiente. ¿Cómo lo hace? Es ahí, precisamente, cuando empieza a operar según sus reglas de funcionamiento *necesarias*. Pues bien, en virtud de las mismas, el que hace de “juez” se compromete: (i) a actuar solamente *a pedido de parte* (la regla de la “no auto-activación”), (ii) a ser imparcial frente a los que juegan de “partes” (la regla de la “imparcialidad”), (iii) a permitir que se refuten y contra-refuten entre sí (la regla del “contradictorio”), (iv) a no depender, para dirigir y resolver la controversia, de nadie que no sea él mismo (la regla de la “independencia”), (v) a resolver el problema que se le ha planteado (la regla del “fallo coherente”), y (vi) a explicitar las razones que justifican su decisión (la regla de la “motivación”)¹⁵¹. El caso es que todas estas reglas, que nos permiten saber con antelación cuándo estamos ante el juego de juzgar (le dan identidad y lo diferencian de otros juegos), necesariamente dirigen la labor judicial hacia la “mirada prospectiva”.

Para dar cuenta de esto, centrémonos en la regla de la no auto-activación. Es un hecho que los jueces siempre actúan *a pedido de parte* (si actuaran de oficio, difícilmente podrían decir que son imparciales¹⁵²). Es decir, a diferencia de los legisladores, comienzan a jugar cuando se somete un *caso particular* a su

¹⁵¹ Todas estas reglas han sido desarrolladas en los puntos 4.1 y 5.3 del segundo capítulo de la presente investigación.

¹⁵² Cfr. Calamandrei, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 2da edición, Vol. I, 1986, p. 233.

consideración¹⁵³. Por tanto, desde que la regla de los “vasos comunicantes” no se les aplica, no asumen el compromiso de identificar *motu proprio* la diversidad de problemas que afectan a la vida cotidiana de los gobernados y, por eso, tampoco están sujetos a la regla de la investigación exhaustiva que guía la labor legislativa (no cuentan con los recursos, ni con el tiempo, para realizar una indagación de tal nivel). No obstante, una vez puesto un caso ante sus ojos sí aceptan no dejar de resolverlo (a diferencia del legislador que, por la regla del “juicio de oportunidad”, puede optar por no solucionar los casos que conoce)¹⁵⁴. La pregunta ahora es: ¿cómo lo hacen? Al igual que el legislador, tienen que efectuar una labor de investigación (no se olvide que hallar la solución es siempre un problema de información). Y si ello es así, inevitablemente, tendrán que: (i) recabar y procesar la información que viene con el caso (y acá las reglas de la imparcialidad y del contradictorio –que permiten la presencia de *abogados defensores* que debaten entre sí y, sobre todo, persiguen convencer al juez de la “corrección” de su posición¹⁵⁵– cumplirán un rol fundamental) y, luego, (ii) *contrastarla* con aquella previamente procesada por medio del juego de legislar (a eso lo lleva su “conciencia jurídica formal”). Así, pues, es en relación con las soluciones estandarizadas que el juego de juzgar ofrecerá una *mirada hacia adelante*: a la luz de la información contenida en el caso particular, analizará las soluciones generales *ex ante* producidas mediante el Juego de Legislar.

Pero, ¿con qué objetivo va a analizar las soluciones generales contenidas en los textos normativos?, ¿no debe simplemente plegarse a las mismas? Debe tenerse en cuenta que, como señala Posner, “una regla es como un precedente en el sentido de que con ella compramos certeza (...) al precio de privarnos de una oportunidad de obtener, con la experiencia que dan los nuevos casos, información potencialmente relevante”¹⁵⁶. Precisamente, para evitar que se pierda esa información no tomada en cuenta por las reglas cuando fueron promulgadas, es que el Juego de Gobernar habilita la mirada prospectiva, de forma que los casos concretos sean resueltos siempre a la luz de toda la información relevante¹⁵⁷. ¿Y cómo queda la regla de

¹⁵³ De hecho, el ejemplo antes citado del rey Salomón (el prototipo de justicia carismática o de cadí), es un caso en el que tuvo que intervenir *a solicitud de parte* y no porque se hubiera auto-activado (el “buen juicio” no lo justificaría). Vale decir, incluso en el modelo “más” imprevisible e irracional de judicatura (según Laporta), los jueces asumían y actuaban según la regla de funcionamiento de la “no auto-activación”.

¹⁵⁴ La centralidad de esta regla dentro del juego de juzgar hace que un autor como Posner, a pesar de considerarse a sí mismo como “escéptico”, no pueda evitar hablar del “deber judicial de decidir” (Cfr. Posner, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Op. Cit., pp. 97 y 109).

¹⁵⁵ El papel de los jugadores llamados “abogados defensores” en el marco del juego de juzgar fue magistralmente subrayado por Hutcheson con los siguientes términos: “(...) practical men (...) must have impulses. The lawyer has them, and because he has them his work is tremendously important. If a lawyer merely reasoned abstractly and without motive he would do the judge no good. But the driving impulse to bring about his client’s success not only makes him burrow industriously for precedents, (...), but also makes him belabor and cudgel the brains of the listening judge to bring him into agreement. It is this factor in our jurisprudence, and only this, that clients have lawyers and that lawyers are advocates, which has made and will continue to make it safe for judges not only to state, but sometimes to make the law” (Hutcheson Jr., Joseph C. Op. Cit., p. 286).

¹⁵⁶ Posner, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Op. Cit., p. 201.

¹⁵⁷ Más adelante, en el punto 4, se verá cómo este posible yerro de las reglas convierte en necesario el recurso a la equidad (ya sea para corregir las reglas, ya sea para dejarlas de lado).

funcionamiento llamada “fallar conforme a Ley”? Si los jueces realmente tienen poder discrecional fuerte (y, sobre todo, “conciencia jurídica material”), entonces no cabe más que reconocer que esa hipotética regla de funcionamiento, de existir, no sería más que una pauta de comportamiento *debido*. En los términos del Juego de Juzgar, no sería una regla de funcionamiento *necesaria* porque, al tener los jueces el poder de decir la última palabra (por el momento en el que participan en el Juego de Gobernar), su incumplimiento no afecta en nada la continuidad o subsistencia de la práctica. Es, pues, una regla de funcionamiento *innecesaria*. Su infracción, a lo mucho, nos llevaría a decir que se está jugando “mal” pero, de ninguna manera, que no se está jugando el juego de juzgar.

Por lo demás, este dato se confirma si atendemos a otro elemento que nos proporciona la Teoría de Juegos: a diferencia de los legisladores, los jueces actúan en el marco de “contextos paramétricos” (y no estratégicos), es decir, en situaciones donde la decisión que finalmente se adopte solamente depende de los parámetros que maneje el agente involucrado, sin ser necesario el concurso de nadie más¹⁵⁸. Es decir, a diferencia del legislador que requiere de la colaboración del juez para ver satisfechos sus propósitos (razón por la cual debe idear una estrategia dirigida a alinearlos junto a él), este último solamente depende de sí mismo para alcanzar sus objetivos (ofrecer soluciones particulares para problemas particulares). Ciertamente, no podrá dejar de echar una mirada hacia atrás (a eso lo llevan, como vimos, sus propias reglas de funcionamiento necesarias y, desde luego, su “conciencia jurídica formal”), pero la capacidad real de los textos normativos de disciplinarlos *por sí solos* es completamente nula. Así, pues, estos últimos tan sólo formarán parte de los parámetros a tenerse en cuenta para adoptar la decisión final. Desde luego, no son cualquier parámetro: como se dijo en el punto 2.2.3, el texto normativo es el insumo principal para la producción judicial de Derecho.

Pero, y esto debe quedar claro, metodológicamente no se debe asumir como definitivo el punto de vista del juez “bueno”; es decir, el del juez que siempre será “cooperativo” con el legislador y, por tanto, que cuando éste promulga una Ley (o emite un texto normativo) querrá conocer cuál es la solución estandarizada, a fin de serle fiel en su decisión final¹⁵⁹. Debe tomarse en cuenta que, si se atendiera sólo a ese punto de vista, se estaría incurriendo en el “defecto de unilateralidad” señalado en la introducción de este acápite¹⁶⁰. Esto quiere decir, entonces, que para comprender cabalmente el rol de la legislación en el proceso de decisión judicial, es indispensable

¹⁵⁸ Cfr. Sánchez-Cuenca, Ignacio. Op. Cit., p. 6.

¹⁵⁹ Cfr. Comanducci, Paolo. Op. Cit., p. 62.

¹⁶⁰ Incurre en este defecto, me parece, Laporta cuando en un trabajo sobre la certeza en la relaciones jurídicas, con las siguientes palabras, claramente adopta como *definitiva* la perspectiva del *juez bueno*: “daré por supuesto que la judicatura como cuerpo de profesionales del derecho adopta una actitud de clara deferencia hacia las normas del ordenamiento, es decir, que los jueces rechazan embarcarse en aventuras creativas o poses justicieras; no piensan, pues, que su función sea realizar la Justicia con mayúsculas sino la de aplicar las normas jurídicas, a las que se sienten sometidos” (Laporta, Francisco. “Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas”. Op. Cit., pp. 57-58).

adoptar también al punto de vista del juez “malo”; es decir, aquel que como cualquier agente racional tiene sus propias preferencias y que, en función de ellas, toma a los textos normativos como “un” motivo, entre muchos otros, para actuar en uno u otro sentido (no son, pues, “el” motivo)¹⁶¹. Y, desde esta perspectiva, siempre estará presente la posibilidad de un juez no cooperativo (o competitivo), en relación con lo que de él espera el legislador. En tal sentido, una vez presentado el caso particular y caído en cuenta de que el mismo podría ser decidido remitiéndose a una solución estandarizada (no estamos, pues, ante un caso de “laguna normativa”), desde la mirada del *juez malo*, se le presentará al juez la siguiente disyuntiva: o bien *cooperar* con el legislador, o bien *competir* con la solución por él proporcionada. Y, en mi opinión, esto le abriría tres posibles cursos de acción: (i) *plegarse* al estándar contenido en el texto normativo, (ii) *re-estandarizar* dicho estándar, o (iii) *dejarlo de lado* y estandarizar *uno nuevo*. Me parece que esto es lo que se desprende de la siguiente cita textual de Karl Llewellyn:

“¿Se elimina las “reglas de derecho” en el sentido comúnmente aceptado en esta línea de pensamiento [la del realismo jurídico]? De algún modo, resulta obvio que no. (...) aparecen como lo que son: reglas de un debe con autoridad, dirigidas a los agentes oficiales, que dicen a los *agentes oficiales* lo que *los agentes oficiales* deben hacer. Éstos, o bien no prestan en absoluto atención a lo que se les dice (la pura regla sobre el papel, la letra muerta de la ley, el caso obsoleto), o lo hacen sólo en parte (la regla “construida” al margen de su reconocimiento...), o le prestan una total atención (la regla con la cual coincide la práctica oficial con bastante exactitud). Pienso que cada uno de estos preceptos-en-los-códigos oficiales (...) contiene (...) junto con su afirmación de lo que los agentes oficiales deberían hacer; una afirmación tácita de que los agentes oficiales van a actuar en efecto de acuerdo con el tener de la regla; una predicción tácita de que los agentes oficiales van a actuar de acuerdo con su tenor”¹⁶² (el subrayado es mío).

Claramente, entonces, antes de solucionar la controversia puesta ante sus ojos emitiendo una decisión particular (que, repito, sólo dependerá de él), el juez tendrá que optar entre: a) seguir tal cual la solución general estandarizada (*plegarse* al estándar), b) restringirla, extenderla o modificarla (*re-estandarizar* el estándar), o c)

¹⁶¹ Cfr. Comanducci, Paolo. Op. Cit., p. 62.

¹⁶² Llewellyn, Karl. “Una teoría del Derecho realista: el siguiente paso”. Op. Cit., pp. 264-265. No debe olvidarse que Llewellyn distingue las “real rules” de las “paper rules”: “Debería empezar por distinguir las “reglas” y derechos auténticos [real rules and rights] de las reglas y derechos sobre el papel [paper rules and rights]. (...). Por “auténticas reglas”, (...), los científicos del Derecho [legal scientists] entenderían las prácticas de los tribunales y en absoluto las “reglas”. (...). Términos factuales. Nada más. (...) “Reglas sobre el papel” [paper rules] son lo que ha sido tradicionalmente tratado como reglas de derecho (...) lo que los códigos dicen ahí que es “el Derecho”. Las “auténticas reglas” –lo que los tribunales van a hacer en un caso determinado, y nada más (...)– son, pues, predicciones. Repito que están en el terreno de los *isness* y no en el terreno de los *oughtness*; (...)” (Llewellyn, Karl. “Una teoría del Derecho realista: el siguiente paso”. Op. Cit., pp. 262-263).

ignorarla y crear *ad-hoc* un nuevo estándar (*dejar de lado* el estándar)¹⁶³. ¿Cuál es, pues, el camino que debe seguir? Sin duda, no es una decisión simple para el juez y, tampoco cabe duda, de que es una decisión discrecional fuerte (no existe ningún criterio normativo previo que verdaderamente le indique por dónde debe ir y, si existiera, también tendría frente a él las mencionadas alternativas de acción). Lo único que se puede decir es que la primera opción supone una colaboración irrestricta con el legislador (el *juez bueno*), mientras que la última de ellas implica competir abiertamente (el *juez malo*). ¿Y la segunda? Aun cuando se podría pensar que es un supuesto *a caballo* entre los dos extremos, lo cierto es que no deja de ser un caso de “cooperación” pero, y esto es importante señalarlo, con un fuerte componente crítico y/o correctivo. A continuación, voy a ejemplificar cada uno de estos supuestos y, en el punto 3, expondré cuáles son las razones que *fácticamente* condicionan la decisión final del juez y cómo interactúan entre sí.

2.4 Tres posibles escenarios en relación con los textos normativos: “plegarse”, “re-estandarizarlos” o “dejarlos de lado y fijar uno nuevo”.

Para saber cuáles son las opciones que realmente tienen los jueces en relación con los textos normativos, es indispensable asumir que *de hecho* no está garantizada su adhesión incondicional a los mismos (lo que demuestra que, desde el punto de vista del *juez malo*, no operan fácticamente como razones *únicas* sino tan sólo como *primeras*). Tal como la experiencia cotidiana corrobora, los jueces muchas veces optan por no “plegarse” sin más a la solución general pre-establecida por el legislador. Incluso, no sólo lo “corrigen” sino que, a veces, llegan a “competir” abiertamente con las soluciones por él previstas en los textos normativos. En tal sentido, desde una perspectiva empírica, también es indispensable presuponer que, al inicio del Juego de Juzgar, todas las opciones (colaborativas o competitivas) están sobre la mesa y, por tanto, que se debe optar por seguir alguna de ellas¹⁶⁴. Por supuesto, para adoptar una decisión informada, debe saberse distinguirlas. Corresponde, entonces, explicar las diferencias existentes entre “plegarse al estándar”, “re-estandarizarlo” y “dejarlo de lado y fijar uno nuevo”. A estos efectos, describiré la solución general estandarizada por el legislador peruano en materia de despido y, luego, explicaré las diferentes reacciones que, un mismo texto normativo, podría generar en los jueces (en función, claro está, de las especificidades que pudieran presentar los casos concretos).

¹⁶³ Cfr. Llewellyn, Karl. “Una teoría del Derecho realista: el siguiente paso”. Op. Cit., p. 265.

¹⁶⁴ Como explica Llewellyn, desde el empirismo, “se levanta un ojo astuto y escéptico para ver si la conducta judicial es en realidad lo que la regla sobre el papel pretende (implícitamente) afirmar. Se busca la práctica real en el sujeto, mediante el estudio de cómo funcionan los casos efectivamente acontecidos. Se busca determinar hasta qué punto la regla sobre el papel es real, hasta qué punto es meramente sobre el papel. En esta comparación de la regla sobre el papel con la práctica, se busca un entendimiento del comportamiento judicial *efectivo*; se sigue también el uso que se hace de las reglas sobre el papel en la argumentación de los jueces (...), y la aparente influencia de su presencia oficial en las decisiones. Se busca determinar cuándo es formulada, pero ignorada; cuándo es formulada y seguida; cuándo y por qué es explícitamente restringida, extendida o modificada, de tal modo que se crea una nueva regla sobre el papel” (Llewellyn, Karl. “Una teoría del Derecho realista: el siguiente paso”. Op. Cit., p. 265).

De acuerdo con el legislador peruano, la institución jurídico-laboral llamada “despido” *debe* sujetarse a lo previsto en los artículos 16°, 22°, 24° y 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo 003-97-TR (adelante, LPCL). En esas disposiciones se establece, de un lado, al “despido justificado” como una modalidad lícita de extinción del contrato de trabajo por voluntad exclusiva del empleador y, de otro, cuáles son las “causales” que le permitirían a este último adoptar válidamente esa decisión. De todas, quiero centrarme en aquella denominada “apropiación consumada de bienes del empleador, con prescindencia de su valor”. En relación con la misma, de una lectura conjunta de los artículos señalados, se desprende lo siguiente:

- (i) Si un trabajador se apropió de bienes que son de su empleador, con prescindencia de su valor, entonces *debe* entenderse que cometió una falta grave (artículo 25° de la LPCL)¹⁶⁵.
- (ii) Si un trabajador se apropió de bienes que son de su empleador, con prescindencia de su valor y, por tanto, cometió una falta grave, entonces *debe* entenderse que existe una causa justa de despido relacionada con su conducta (artículo 24° de la LPCL)¹⁶⁶.
- (iii) Si un trabajador se apropió de bienes que son de su empleador, con prescindencia de su valor y, por tanto, existe una causa justa de despido relacionada con su conducta, entonces el empleador *debe* tener permitido despedirlo (artículo 22° de la LPCL)¹⁶⁷.
- (iv) Si un trabajador se apropió de bienes que son de su empleador, con prescindencia de su valor y, por tanto, este último legalmente tenía permitido despedirlo, entonces *debe* entenderse que fue válida la extinción del contrato de trabajo por voluntad exclusiva del segundo (artículo 16° de la LPCL)¹⁶⁸.

Sintetizando esta información, se puede concluir que en el Perú, en materia de despido y en relación con la causal elegida, los textos normativos han establecido *de antemano* el siguiente *estándar general*: “Si un trabajador se apropió de bienes que son de su empleador, con prescindencia de su valor, entonces puede ser válidamente despedido”. ¿Esto quiere decir, entonces, que ante cualquier caso de despido por apropiación *comprobada* de bienes del empleador, con prescindencia de su valor, el juez mecánicamente fallará que estamos ante un supuesto de extinción válida del contrato de trabajo? El punto que quiero defender es que no sólo puede desviarse del

¹⁶⁵ “Artículo 25°.- Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Son faltas graves: (...) c) La apropiación consumada o frustrada de bienes (...) del empleador (...), en beneficio propio o de terceros, con prescindencia de su valor; (...)”.

¹⁶⁶ “Artículo 24°.- Son causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador: a) La comisión de falta grave; (...)”.

¹⁶⁷ “Artículo 22°.- Para el despido de un trabajador sujeto al régimen de la actividad privada, (...), es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador. (...)”.

¹⁶⁸ “Artículo 16°.- Son causas de extinción del contrato de trabajo: (...); g) El despido, en los casos y forma permitidos por la Ley; (...)”.

tipo previsto en el texto normativo (motivo por el cual nunca será la razón única de la decisión judicial), sino que además puede encontrar muy buenas razones para hacerlo. Esto es, apelando a la casuística, trataré de demostrar que tan sólo es una razón *primera* para la acción de los jueces.

2.4.1 Colaboración-sometimiento: plegarse al estándar.

En relación con el estándar antes señalado, se produciría un supuesto de *colaboración-sometimiento* si el razonamiento del juez, a fin de resolver un caso de despido por “apropiación consumada de 10,000.00 euros de la máquina registradora del empleador”, puede ser reconstruido¹⁶⁹ de la siguiente manera¹⁷⁰:

- (i) En un asunto meramente fáctico, fija los puntos controvertidos entorno a los que gira la discusión y, en virtud de los medios probatorios, determina que el trabajador involucrado sí –o no– se apropió de los bienes de su empleador (la premisa menor);
- (ii) Luego, mira *hacia atrás* en busca de información que resuelva esos hechos probados e identifica los textos normativos señalados en los artículos 16°, 22°, 24° y 25° de la LPCL;
- (iii) Después de interpretarlos, les asigna como “significados” los estándares generales señalados precedentemente;
- (iv) Entiende, a continuación, que esos significados han estandarizado una “solución general” que *de antemano* resuelve el caso particular puesto ante sus ojos y, por tanto, que este último es un “caso tipo”;
- (v) Por alguna razón, decide plegarse y/o someterse a la solución general estandarizada por el legislador y, como tal, opta por fijarla como la “premisa mayor” de su razonamiento o *ratio decidendi* (transformándola, de esta forma, en la “norma jurídica” del caso); y
- (vi) Finalmente, actuando según la lógica del silogismo jurídico, subsume los hechos comprobados del caso (la premisa menor) en la solución general estandarizada (la premisa mayor) y, por ende, soluciona el caso particular aplicando la voluntad del legislador expresada en el texto normativo (la conclusión).

Como se puede apreciar, este es un caso de colaboración-sometimiento porque el juzgador, al razonar de la manera antes señalada, se pliega *sin más* al estándar

¹⁶⁹ Entiéndase bien, no estoy sosteniendo que el razonamiento judicial *de hecho* presenta una forma lógica o escalonada. Simplemente sostengo, siguiendo a Posner, que “la mejor forma de entender en qué consiste la fundamentación del juez, es ver ésta como un intento por explicar cómo se pudo haber llegado a la decisión por medio de un razonamiento de tipo lógico o “por etapas”, aun si (lo más probable es que) se llegó a ella a partir de intuiciones” (Posner, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Op. Cit., p. 128).

¹⁷⁰ Los 6 pasos que se señalan, y que serán utilizados en los puntos subsiguientes, con algunos matices coinciden con las 7 partes de la argumentación judicial que propone Atienza: i) la narración de los hechos, ii) el problema o problemas jurídicos, (iii) las cuestiones o sub-cuestiones de las que depende la solución del problema, (iv) las respuestas a esas cuestiones, (v) las razones en las que se basan las anteriores respuestas, (vi) la solución del problema, y (vii) la decisión final (Cfr. Atienza, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013, pp. 429-431).

expresado por el legislador y, como tal, decide convertirlo en la “norma jurídica” base para resolver la controversia particular puesta ante sus ojos. Dicho de otra forma, en el marco de la “mirada prospectiva”, entiende que la *única* información relevante para solucionar el caso de despido que está conociendo es aquella que ya ha sido recabada, depurada y procesada por el legislador (porque actúa mecánicamente, porque entiende que es su “deber”, porque no encuentra ninguna razón que justifique apartarse de la misma, etc.). De esta forma, lo único que hará a continuación es determinar, según los medios de prueba, si realmente se ha producido el supuesto de hecho (o la condición de aplicación) que desencadena la consecuencia jurídica (o el mandato jurídico).

Así, en el ejemplo hipotético de despido utilizado, el juez optará por plegarse acríticamente a los estándares fijados por el legislador en los artículos 16°, 22°, 24° y 25° de la LPCL si, en un acto ciertamente discrecional, decide *sin más* transformarlos en la premisa mayor de su razonamiento y, luego, se limita evaluar si de las pruebas que obran en el expediente (tanto de acusación como de descargo), se desprende que el trabajador que fue despedido se apropió realmente de los 10,000.00 euros propiedad de su empleador. De esta forma, si su respuesta es afirmativa calificará la acción como “falta grave” y, como tal, concluirá que el empleador tenía legalmente la opción de despedirlo. En cambio, si su respuesta es negativa dirá que no se produjo una “falta grave” y, por tanto, que el segundo no tenía permitido adoptar esa decisión. Sea como fuere, estaríamos antes un supuesto de colaboración-sometimiento porque el juez acepta, o al menos no cuestiona, la solución genérica prevista por el legislador en los textos normativos (“si un trabajador se apropia de los bienes de su empleador, con prescindencia de su valor, entonces puede ser válidamente despedido”). Colabora acríticamente con él porque, primero, decide transformarla en norma jurídica (sin añadir o modificar nada) y, luego, imponerla empíricamente.

2.4.2 Colaboración-crítica: re-estandarizar el estándar (por insuficiente o por excesivo).

Algo diferente sucede, en cambio, en los supuestos de *colaboración crítica* o de *re-estandarización del estándar* fijado por el legislador. También utilizaré, para explicarlo, un caso de despido por “apropiación consumada de bienes del empleador, con prescindencia de su valor” pero, esta vez, asumiré que el trabajador involucrado, antes de ser descubierto, reparó voluntariamente los efectos económicos de dicha infracción laboral. Es decir, supondré que está probado: (a) que realmente sustrajo 10,000.00 euros de la caja registradora de su empleador; (b) que procedió a devolverlos *antes de* que fuera detectada dicha conducta laboral (y, por ende, sin que fuera conminado a hacerlo); pero (c) que, a pesar de todo, fue efectivamente despedido por haber cometido la falta grave denominada “apropiación consumada de bienes del empleador, con prescindencia de su valor”. En mi opinión, se presentaría un supuesto de *re-*

estandarización si un juez, a los efectos de solucionar dicho caso, razona del siguiente modo:

- (i) En un asunto meramente fáctico, determina que el trabajador involucrado sí se apropió de los bienes de su empleador pero que, *motu proprio*, procedió a devolverlos antes de ser descubierto (la premisa menor);
- (ii) Luego, mira *hacia atrás* en busca de información que resuelva esos hechos probados e identifica los textos normativos señalados en los artículos 16°, 22°, 24° y 25° de la LPCL;
- (iii) Después de interpretarlos, les asigna como “significados” los estándares generales señalados precedentemente y, como tal, advierte que los mismos no toman en cuenta todas las especificidades que presenta el caso particular puesto ante sus ojos, especialmente el hecho denominado “devolución”;
- (iv) Entiende, a continuación, que esos significados han estandarizado una “solución general” que *tal cual* podría resolver el caso en cuestión (realmente hubo una apropiación de bienes del empleador) pero, y esto es clave, al precio de dejar de lado un dato fáctico que el estándar no establece: el trabajador involucrado reparó voluntariamente las consecuencias económicas negativas de su acto;
- (v) Por tal razón, decide plegarse a la solución general estandarizada por el legislador pero incorporando, dentro del caso genérico o tipo, el hecho denominado “restitución voluntaria de la suma sustraída” y, así *re-formulada*, opta por fijarla como la “premisa mayor” de su razonamiento o *ratio decidendi* (transformándola, de esta forma, en la “norma jurídica” del caso); y
- (vi) Finalmente, actuando según la lógica del silogismo jurídico, subsume los hechos comprobados del caso (la premisa menor) en la solución genérica *re-estandarizada* (la premisa mayor) y, por ende, soluciona el caso particular aplicando la voluntad *corregida* del legislador expresada en el texto normativo (la conclusión).

Como se puede apreciar, este es un caso de colaboración crítica o correctiva porque el juzgador, a diferencia del supuesto de colaboración-sometimiento, no se pliega *sin más* al estándar expresado por el legislador aunque, y esto es importante, tampoco lo deja de lado. Ello es así porque, en el marco de la “mirada prospectiva”, entiende que la información relevante para solucionar el caso de despido no está completamente contenida en los textos normativos producidos por el legislador o, lo que es lo mismo, que este último no recabó, depuró y procesó, en el marco de la “mirada retrospectiva”, toda la información que *razonablemente* debió haber sido tomada en cuenta. Para el juzgador, a fin de resolver la controversia, no sólo es importante determinar si el trabajador se apropió –o no– de los bienes de su empleador (que es hasta donde llegan los textos normativos), sino también si actuando de buena fe procedió

efectivamente a devolverlos¹⁷¹. Es por esta razón que, a fin de corregir tal “omisión” legislativa, incorpora la información faltante en el caso tipo y, como tal, *re-formula* la solución general estandarizada. De esta forma, decide fijar como “norma jurídica” base para la resolución de la controversia, una diferente a la que se desprendería de los textos normativos aunque, claramente, la construye a partir de los mismos.

Así, pues, lejos de someterse mecánicamente a estos últimos, lo que hace es considerar que los mismos tan sólo le sirven para resolver parte del problema (si se cometió una falta grave), pero definitivamente no toda la cuestión (si hay lugar para el despido). Para él, aun cuando toda apropiación simple y llana de bienes del empleador debe ser pasible de ser sancionada con el despido (porque así lo estipula la solución estándar), no debe ser *razonablemente* castigada con semejante rigor si es que el trabajador, sin necesidad de ser descubierto, muestra una actitud de arrepentimiento y, como tal, intenta subsanar de buena fe la infracción cometida. En tal sentido, introduciendo este dato ofrecido por el caso particular en el supuesto tipo previsto por el legislador (precisamente porque no actúa mecánicamente), procede a *re-estandarizar el estándar* de la siguiente manera: “si un trabajador se apropia de los bienes de su empleador, con prescindencia de su valor y *no los restituye de buena fe*, entonces puede ser válidamente despedido”¹⁷². De esta forma, colabora críticamente con el legislador porque, a pesar de no transformar su estándar en la “norma jurídica” del caso, tampoco lo deja de lado. Y es que no lo niega o rechaza (lo que equivaldría a

¹⁷¹ Para apoyar este razonamiento podría resaltar, por ejemplo, que la misma LPCL en lo que se refiere a las posibles inconductas laborales del empleador (los llamados “actos de hostilidad”), sí prevé la posibilidad de “subsanción” desde que les exige a los trabajadores afectados, antes de accionar judicialmente, “emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo razonable no menor de seis días naturales para que efectúe su descargo o enmiende su conducta, (...)” (artículo 30°). Así, pues, sobre la base de este texto normativo podría preguntarse: ¿acaso no es razonable que, al igual que el empleador, el trabajador también tenga la posibilidad de enmendar su conducta laboral (de ser posible, claro está)?, ¿acaso no es inconsistente que el legislador valore positivamente la subsanción de “mala fe” del empleador (porque lo hace después de ser puesto en evidencia) pero que no tome en cuenta la subsanción de “buena fe” del trabajador (que, en el caso hipotético, lo hace antes de ser descubierto)?, ¿acaso los actos de “buena fe”, en otras áreas del Derecho, no reciben un trato favorable en relación con los que se efectúan de “mala fe”, tal como sucede en los supuestos de prescripción adquisitiva de dominio (artículos 950° y 951° del Código Civil peruano)?

¹⁷² Un ejemplo concreto de *re-estandarización del estándar* se puede encontrar en la Casación Laboral N° 419-2014-Ayacucho, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, cuyo sexto considerando señala lo siguiente: “Sexto: (...), no todo incumplimiento laboral supone falta grave, en tanto el (...) artículo 25 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, exige como elemento típico de dicha conducta, que revista gravedad; segundo, porque en el contexto factual señalado en las instancias de mérito, no se distingue una conducta dolosa intencionada de aquella que pudiese entrañar un *dolo bueno*, en el sentido de tener la creencia que al proceder de la manera que lo hizo, aun en contra de las reglas impuestas, lograba subsanar los yerros en que pudiese haber incurrido en su actuar; (...); que, de otro lado, la ausencia de gravedad suficiente para dar lugar al despido, resulta también de la relatividad del perjuicio económico esgrimido por la demandada, pues, una elemental regla de experiencia sugiere que la subsanción del faltante poco o nada ocasionan un perjuicio a la demandada. En este escenario, el análisis de la Sala de mérito es sesgado pues debe ceñir su estudio en el proceder de la demandada y en el modo que lo hizo, de cara al principio de razonabilidad que informa al derecho laboral, en la medida que al decidir el ejercicio de sus potestades disciplinarias, lo ha hecho sin evaluar adecuadamente la gravedad de los hechos, administrando al caso una solución excesiva y desproporcionada”. Como se puede apreciar, para la Corte Suprema de Justicia del Perú la devolución de “buena fe” del faltante sustraído por parte del trabajador, elimina la posibilidad de un despido justificado por “apropiación consumada de bienes del empleador”.

sostener que la “apropiación de bienes del empleador, con prescindencia de su valor” no *debe ser* considerada una “falta grave”); simplemente, completa la información que a su criterio le hace falta. Desde luego, lo único que hará a continuación es determinar, según los medios de prueba, si realmente se ha producido el supuesto de hecho (o la condición de aplicación) que desencadena la consecuencia jurídica (o el mandato jurídico) del *estándar* judicialmente *re-estandarizado*.

Ahora bien, también podría presentarse un supuesto de colaboración crítica, no ya por *estándar insuficiente*, sino por *estándar excesivo*. De nuevo utilizaré, para explicarlo, un caso de despido por “apropiación consumada de bienes del empleador, con prescindencia de su valor” pero, esta vez, supondré que la cantidad sustraída por el trabajador es realmente *insignificante*. Así, pues, asumiré que está probado: (a) que realmente sustrajo 1.00 euro de la caja registradora de su empleador y, como tal, (b) fue efectivamente despedido por “apropiación consumada de bienes del empleador, *con prescindencia de su valor*”. Se presentaría, en mi opinión, un supuesto de *re-estandarización* si un juez, para solucionar este caso, razona del siguiente modo:

- (i) En un asunto meramente fáctico, determina que el trabajador involucrado sí se apropió de los bienes de su empleador pero en una cantidad realmente diminuta (la premisa menor);
- (ii) Luego, mira *hacia atrás* en busca de información que resuelva esos hechos probados e identifica los textos normativos señalados en los artículos 16°, 22°, 24° y 25° de la LPCL;
- (iii) Después de interpretarlos, les asigna como “significados” los estándares generales señalados precedentemente;
- (iv) Entiende, a continuación, que esos significados han estandarizado una “solución general” que *tal cual* podría resolver el caso en cuestión (realmente hubo una apropiación de bienes del empleador) pero, y esto es clave, al precio de tomar en cuenta un dato normativo que *irrazonablemente* el estándar establece: la irrelevancia, para determinar la gravedad de la falta, del monto de lo sustraído;
- (v) Por tal razón, decide plegarse a la solución general estandarizada por el legislador pero eliminando, dentro del caso genérico o tipo, el dato normativo denominado “con prescindencia de su valor” y, así *re-formulada*, opta por fijarla como la “premisa mayor” de su razonamiento o *ratio decidendi* (transformándola, de esta forma, en la “norma jurídica” del caso); y
- (vi) Finalmente, actuando según la lógica del silogismo jurídico, subsume los hechos comprobados del caso (la premisa menor) en la solución genérica *re-estandarizada* (la premisa mayor) y, por ende, soluciona el caso particular aplicando la voluntad *corregida* del legislador expresada en el texto normativo (la conclusión).

Nuevamente, estamos ante un supuesto de colaboración crítica o de re-estandarización del estándar porque, en este caso, el juzgador tampoco se pliega *sin más* al estándar expresado por el legislador. Y es que, sin llegar a dejarlo de lado, en el marco de la “mirada prospectiva”, entiende que los textos normativos establecen información que es innecesaria para solucionar el caso de despido (en este caso, estipular la irrelevancia, para determinar la gravedad de la falta, del valor del bien sustraído). Es decir, desde su punto de vista, se recabó, depuró y procesó, en el marco de la “mirada retrospectiva”, información que *razonablemente* no debió haber sido tomada en cuenta. Para el juzgador, a fin de resolver la controversia, no sólo es importante evaluar si el trabajador se apropió –o no– de los bienes de su empleador (lo que realmente sucedió) sino, también, si el monto de lo sustraído justifica la imposición de la sanción de despido (razonamiento que, en su opinión, es indebidamente excluido por el estándar aprobado por el legislador)¹⁷³. Es por esta razón que, a fin de corregir tal “exceso” legislativo, elimina la información sobrante del caso tipo, *re-formula* la solución general estandarizada y, de esta forma, decide fijarla como “norma jurídica” base para la resolución de la controversia.

No obstante, sigue siendo un supuesto de colaboración porque, lejos de desechar completamente el estándar, considera que el mismo sí le sirve para resolver parte del problema (si se cometió una conducta laboral), pero definitivamente no toda la cuestión (si esa infracción puede dar lugar al despido). Para él, aun cuando toda apropiación de bienes del empleador debe ser considerada como una falta (porque así lo estipula la solución estándar), no debe ser *razonablemente* castigada con el despido si es que el valor del bien apropiado es ínfimo (en esto consiste la “crítica”). En tal sentido, a la luz de este dato ofrecido por el caso particular (y porque no actúa mecánicamente), procede a *re-estandarizar el estándar* de la siguiente manera: “si un trabajador se apropia de los bienes de su empleador, entonces puede ser válidamente despedido *si es que el valor del bien no es manifiestamente reducido*”¹⁷⁴. De esta forma, colabora críticamente con el legislador porque, a pesar de no transformar su

¹⁷³ Para apoyar este razonamiento podría resaltar que en el ámbito penal, por ejemplo, en los casos de “hurto simple” si se gradúa la pena en función del valor del bien sustraído: si sobrepasa de una remuneración mínima vital –S/. 750.00 nuevos soles (200.00 euros aproximadamente)–, la sanción es de pena privativa de libertad pero, si es menor, tan sólo de servicios comunitarios (Cfr. Art. 185° y 444° del Código Penal). De esta forma, podría preguntarse, ¿acaso no sería razonable tomar en cuenta el valor del bien sustraído por el trabajador, a fin de evaluar cuál es la sanción que proporcionalmente se corresponde con su conducta laboral?

¹⁷⁴ Un ejemplo concreto de *re-estandarización* de un estándar *excesivo* puede encontrarse en la sentencia recaída en el EXP. N° 313-2008-IDA(S), emitida por la Tercera Sala Laboral de la Corte Superior del Distrito Judicial de Lima. En esa oportunidad, se tuvo que evaluar si un trabajador que regaló a un compañero de trabajo una bolsa de caramelos propiedad de su empleador, cometió la falta grave de despido denominada “apropiación de bienes del empleador, con prescindencia de su valor”. Al momento de resolver la controversia, la Tercera Sala Laboral concluyó que “si bien el demandante merece la aplicación de una medida disciplinaria por su actuar [regaló, como si fueran suyos, bienes de propiedad de su empleador], también es cierto que toda sanción debe ser proporcional al daño causado (...), siendo en el presente caso desproporcionada, (...)”. Claramente, pues, el Tribunal determinó que el valor del bien apropiado no era irrelevante y, como tal, re-estandarizó el texto del literal c) del artículo 25° de la LPCL eliminando el dato normativo “con prescindencia de su valor”.

estándar en la “norma jurídica” del caso, tampoco lo deja de lado. Y es que no lo niega o rechaza; simplemente, elimina la información que a su criterio sobra.

2.4.3 Competencia: dejar de lado el estándar y fijar uno nuevo.

¿Y cuándo se presenta un caso de *competencia* entre juez y legislador? Para explicar este último supuesto, volveré a recurrir a la institución del despido pero, esta vez, sobre la base de una causal no prevista en la LPCL: el llamado “retiro de confianza”. Así, esta vez, asumiré que está probado: (a) que el trabajador involucrado se desempeñaba en un puesto debidamente calificado como de “confianza”; (b) que, durante el ejercicio de sus funciones, no cometió ninguna falta grave; pero (c) que, a pesar de todo, fue despedido porque su empleador, sin expresar motivo alguno, decidió “retirarle la confianza”. A mi juicio, frente a un caso como el señalado, un juez “deja de lado el estándar y fija uno nuevo” si es que razona de la siguiente manera:

- (i) En un asunto meramente fáctico, determina que el trabajador involucrado, que desempeñaba funciones de confianza, fue despedido simplemente porque se le “retiró la confianza”; es decir, sin haber cometido una falta tipificada como grave en la LPCL (la premisa menor);
- (ii) Luego, mira *hacia atrás* en busca de información que resuelva esos hechos probados e identifica los textos normativos señalados en los artículos 16°, 22°, 24° y 25° de la LPCL;
- (iii) Después de interpretarlos, asigna el siguiente “significado”: “si un trabajador es despedido sin haber cometido una de las faltas graves previstas en la LPCL y, por tanto, sin la presencia de una causa justa de despido, entonces *debe* entenderse que su despido fue injustificado”;
- (iv) Entiende, a continuación, que con ese significado se ha estandarizado una “solución general” que *de antemano* resuelve el caso particular puesto ante sus ojos (el trabajador fue despedido sin haber cometido una falta tipificada como grave en la LPCL) y, por tanto, que este último es un “caso tipo”;
- (v) Pero, por alguna razón, decide no plegarse y/o someterse a la solución general estandarizada por el legislador y, a continuación, opta por fijar el siguiente estándar como la “premisa mayor” de su razonamiento o *ratio decidendi*: “si un trabajador desempeña funciones de confianza, entonces debe entenderse que es razonable que su empleador pueda despedirlo retirándole la confianza”; y
- (vi) Finalmente, actuando según la lógica del silogismo jurídico, subsume los hechos comprobados del caso (la premisa menor) en la *nueva* solución general *judicialmente estandarizada* (la premisa mayor) y, por ende, soluciona el caso particular excluyendo la voluntad del legislador y aplicando exclusivamente su propia voluntad (la conclusión).

Como se puede apreciar, estamos ante un supuesto de competencia porque, a diferencia de todos los supuestos anteriores, el juzgador simplemente “deja de lado” el estándar fijado por el legislador y, acto seguido, fija uno “nuevo” que, a su criterio, es el más adecuado para resolver el caso particular que está conociendo. Hace eso porque, en el marco de la “mirada prospectiva”, entiende que la información relevante para solucionar el caso de despido simplemente no está contenida en los textos normativos producidos por el legislador; esto es, que este último no recabó, depuró y procesó, en el marco de la “mirada retrospectiva”, nada que *razonablemente* pudiera ser tomado en cuenta. Para el juzgador, a fin de resolver la controversia, es irrelevante determinar si el trabajador cometió –o no– una falta grave (que es lo que exigen los textos normativos). Y es que, para él, simplemente es necesario evaluar si desempeñaba –o no– labores de “confianza” (información que, a su criterio, el legislador no tomó en cuenta). Es por esta razón que, compitiendo con la solución ofrecida por los textos normativos (resolver que el despido fue injustificado), (a) *deja de lado* el caso tipo, (b) recaba, depura y procesa por sí mismo aquella información que considera relevante y, como tal, (c) *estandariza* una *nueva* solución general. De esta forma, decide fijar como “norma jurídica” base para la resolución de la controversia, una *opuesta* a la que se desprendería de los textos normativos (y, por ende, declara que el despido sí estuvo justificado).

Así, en el ejemplo de despido utilizado, el juez optará por no plegarse a los estándares fijados por el legislador en los artículos 16°, 22°, 24° y 25° de la LPCL si, en un acto discrecional, decide que los mismos no le sirven para resolver el problema que está conociendo (si el retiro de confianza es una causal válida de despido en el caso de los trabajadores que desempeñan actividades de confianza). Y es que, aun cuando considere que los trabajadores ordinarios no deben ser despedidos a menos que hubieran cometido una falta grave, claramente entiende que dicho estándar *razonablemente* no debe ser aplicado en el caso de los trabajadores de confianza. Es por ello que, obrando como si fuera el legislador (porque considera que es lo que corresponde, según las particularidades del caso), procede a fijar un nuevo estándar que, a diferencia de los supuestos de colaboración-crítica, será producto exclusivo de su propia voluntad¹⁷⁵. En tal sentido, compete con el legislador porque, yendo más allá

¹⁷⁵ Un ejemplo concreto de *dejar de lado* el estándar y *fijar uno nuevo* se puede encontrar en la sentencia del Tribunal Constitucional peruano del 15 de marzo de 2007, recaída en el expediente N° 03501-2006-PA/TC. En ese caso, el máximo Tribunal peruano tuvo que determinar si un trabajador del sector público, que ostentaba un cargo gerencial, había sido lícitamente despedido invocándose como causal el “retiro de confianza”. Al respecto, señaló lo siguiente: “Los trabajadores comunes gozan del derecho de acceder a un puesto de trabajo en el sector público, tienen estabilidad en su trabajo y no pueden ser despedidos arbitrariamente, (...). Mientras que los que asumen un cargo de confianza están supeditados a la “confianza”, valga la redundancia, del empleador. En este caso, el retiro de la misma es invocada por el empleador y constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, (...)” (párr. 3). Como se puede apreciar, yendo en contra de lo previsto en la LPCL (que, en lo que se refiere al despido, no distingue entre trabajadores comunes y trabajadores de confianza), el Tribunal Constitucional dispuso que el “retiro de confianza” es un supuesto especial de extinción del vínculo laboral por decisión unilateral del empleador (es decir, un despido), en el caso de los trabajadores que asumen un cargo de confianza (los trabajadores de confianza). No está de más resaltar que dicho *nuevo* estándar, fijado por voluntad exclusiva del TC peruano, ha sido confirmado en reiteradas

de la “corrección”, sostendrá que su estándar es *inaceptable* para resolver los casos de despido por “retiro de confianza”. Desde luego, lo único que hará a continuación es determinar, según los medios de prueba, si realmente se ha producido el supuesto de hecho (o la condición de aplicación) que desencadena la consecuencia jurídica (o el mandato jurídico) del *nuevo estándar* judicialmente *producido*.

3. Los factores *empíricos* que determinan el grado de adhesión de los jueces a los textos normativos: el contexto personal de la decisión judicial y la zona *empírica* de razonabilidad.

Acabamos de ver que, desde que el Juego de Juzgar se desenvuelve en el marco de situaciones paramétricas (así está diseñado el Juego de Gobernar), es un hecho que se les presentan a los jueces diferentes opciones en relación con los textos normativos. No son, pues, razones únicas para la decisión judicial. ¿Esto quiere decir que no hay manera de saber, desde el punto de vista del juez, qué curso de acción es el más recomendable de seguir? En mi opinión, la respuesta es negativa. Y es que la forma en que decida actuar en relación con las soluciones previamente estandarizadas (colaborativa o competitivamente), es una variable dependiente de las características que presente el caso particular y, sobre todo, de qué tan amplia o restringida sea “su” área *fáctica* de libre movilidad (la “zona de razonabilidad”). En este acápite, se defenderá que la valoración final que el juez haga de los textos normativos (“plegarse al estándar”, “re-estandarizarlo” o “dejarlo de lado y fijar uno nuevo”) dependerá de la interacción compleja entre: (i) las razones jurídicas, morales, económicas, prudenciales, etc., que operan en su fuero interno (los factores internos); y (ii) una serie de elementos ajenos a su voluntad o que escapan a su control (los factores externos).

A estos efectos, primero, apelando a ciertas categorías ya asentadas en el ámbito de la argumentación jurídica, subrayaré los mayores niveles de dificultad justificativa (o los “costos argumentativos”) que *razonablemente* exigen las opciones menos colaborativas (a menor colaboración, mayor esfuerzo justificativo) y, luego, utilizando las herramientas analíticas que nos ofrece la teoría de la decisión racional, describiré y ordenaré los factores que *empíricamente* van a condicionar el “contexto personal de la decisión judicial”. Al finalizar el punto, se sostendrá que la decisión final colaborativa o competitiva que adopte el juez, en última instancia, dependerá de si se ubica o no dentro de la denominada “zona de razonabilidad judicial”.

oportunidades y, por tanto, se puede afirmar que constituye una línea jurisprudencial completamente consolidada (Cfr. STC del 22 de octubre de 2012, recaída en el expediente N° 02961-2012-PA/TC; STC del 10 de septiembre de 2008, recaída en el expediente N° 00443-2008-PA/TC; y STC del 9 de enero de 2008, recaída en el expediente N° 3349-2007-PA/TC).

3.1 La “dificultad” del caso: a menor colaboración, mayor justificación.

Quiero empezar resaltando un dato que no es menor: todos los supuestos desarrollados en el punto 2.4 precedente, absolutamente todos, podían haber sido resueltos aplicando los estándares que se desprenden de los textos normativos (esto es, presentando a estos últimos como si fueran razones únicas). Y es que, según los mismos, los dos casos de despido por apropiación de bienes del empleador, calificados como “colaboración-crítica”, debieron haber sido declarados “válidos” (a pesar de haberse devuelto lo sustraído, en el primero, o de ser insignificante el valor del bien, en el segundo); mientras que el supuesto de despido por retiro de confianza, calificado como “competitivo”, debió haber sido declarado “inválido” (aun cuando, el trabajador desempeñaba labores de confianza). Esto quiere decir, entonces, que tanto en los casos de colaboración-crítica como en el de competencia, no estamos ante supuestos en los que el juez considera que el legislador no ha previsto una solución general (una “laguna normativa”¹⁷⁶) o donde es dudoso que lo hubiera hecho (una “laguna de reconocimiento”¹⁷⁷). Estamos ante casos en los que, a pesar de existir textos normativos, el juzgador entiende que lo más aconsejable, o bien no es plegarse *sin más* a los mismos (colaboración-crítica), o bien es dejarlos de lado y fijar un nuevo estándar (competencia). Desde luego, el problema no es que los jueces puedan actuar de ese modo (su discreción fuerte se los garantiza), la cuestión es cómo se puede justificar esa clase de decisión... y los jueces, en su fuero interno, lo saben.

Si se parte del presupuesto de que los jueces no sólo persiguen resolver conflictos ajenos, sino también maximizar sus propios intereses (como se verá más adelante, su labor está guiada por un cúmulo de fines egoístas y altruistas), entonces no cabe duda de que, antes de fallar, forzosamente evaluarán *cuánto* deberán justificar su decisión final en torno a los textos normativos. En tal sentido, desde su punto de vista, será indispensable determinar cuáles son los problemas argumentativos que tendrán que afrontar si deciden recorrer las vías menos colaborativas (la colaboración-crítica y la competencia). Me parece que, a estos efectos, puede ser de utilidad traer a colación la distinción usual, en el ámbito de la teoría de la argumentación, entre “casos fáciles” y “casos difíciles”¹⁷⁸. Y es que, aun cuando los criterios de diferenciación no están del todo consolidados (podría decirse, incluso, que afrontar esta tarea ya supone un “caso difícil”) y, desde ciertas concepciones teóricas (especialmente, el llamado

¹⁷⁶ De acuerdo con Guastini, “se dice que en un ordenamiento hay una laguna normativa siempre que se presente un supuesto de hecho para el que ninguna norma prevé una consecuencia jurídica” (Guastini, Riccardo. “Contribución a la teoría del ordenamiento jurídico”. En: *El realismo jurídico genovés*. Jordi Ferrer Beltrán y Giovanni B. Ratti (editores). Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, p. 106).

¹⁷⁷ De conformidad con Guastini, “se está ante una laguna de reconocimiento cuando es indecible cuál sea la consecuencia jurídica conectada a un determinado supuesto de hecho a causa de la indeterminación del lenguaje en que están formuladas las normas” (Guastini, Riccardo. “Contribución a la teoría del ordenamiento”. Op. Cit., p. 107).

¹⁷⁸ Como señala Atienza, “la distinción entre casos fáciles y casos difíciles juega un papel esencial en lo que cabría denominar como “teorías estándar” de la argumentación jurídica” (Atienza, Manuel. “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”. En: *La vinculación del juez a la Ley*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 1, 1997, p. 246).

postpositivismo), se tiende a presentar esta distinción como una variable “objetiva” o no dependiente del propio juez (lo que, desde una posición escéptica, es inadmisibles)¹⁷⁹, no es menos cierto que la clasificación tradicional entre casos fáciles y casos difíciles ayuda a subrayar el diferente nivel de exigencia y carácter que, en uno u otro caso, requiere la justificación de una decisión judicial (especialmente, en lo que se refiere al establecimiento de la premisa mayor)¹⁸⁰. No debemos olvidar que, como señala Laporta, “cuando estamos ante un caso estamos ante un problema, estamos ante una pregunta cuya contestación es problemática en mayor o menor grado”¹⁸¹. Así, pues, mientras más difícil o problemático se le presente el caso al juez de la causa –o lo quiera problematizar–, mayor esfuerzo justificativo tendrá que asumir.

Pues bien, desde la perspectiva de la distinción tradicional, se podría afirmar –sin caer en incoherencia alguna– que los supuestos de *colaboración-sometimiento* se presentan cuando el juzgador, en un acto discrecional fuerte (o no reglado), considera que tiene ante sí un “caso fácil”. Vale decir, un caso particular que puede resolver simplemente recurriendo a una solución general estandarizada por el legislador *de antemano* (fácilmente identificable, por lo demás) y frente a la cual no presenta –o manifiesta– ninguna clase de objeción (razón por la que se *pliega* sin más a la misma)¹⁸². Así, pues, para el juez es un caso fácil porque, por la razón que fuere, entiende que la premisa mayor de su razonamiento le viene dada por el texto normativo producido en el marco del juego de legislar¹⁸³. Es un caso fácil porque, para él, puede ser resuelto *satisfactoriamente* simplemente plegándose al estándar legislativo. Es por ello que, no sin razón, Laporta los denomina casos *normativamente* fáciles: el estándar *está*, y si el juez decide aplicarlo, el caso se resuelve¹⁸⁴. Desde luego, el problema aparece cuando la solución genérica estandarizada no es *satisfactoria* a los ojos del juez. Y, precisamente, eso es lo que sucede en los

¹⁷⁹ Sobre las diferentes posiciones en torno a la distinción entre “caso fácil” y “caso difícil”, Cfr. (i) Sastre Ariza, Santiago. “Sobre la dificultad de los llamados casos fáciles, difíciles y trágicos”. En: Derecho y opinión, N° 1, 1993, pp. 295-306; y (ii) Atienza, Manuel. “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”. Op. Cit., pp. 246-251.

¹⁸⁰ Según Aguiló, “un caso fácil no exige deliberación, sino simple aplicación de la regla (*juris-dictio*, decir el Derecho para el caso)”, mientras que “un caso difícil exige deliberación práctica (*juris-prudentia*, ponderar el Derecho para el caso)” (Aguiló Regla, Josep. “Positivismo y Postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”. En: DOXA, N° 30, 2007, p. 673). Como explica Atienza, “por lo que se refiere, (...) a la teoría de la argumentación jurídica, la importancia de la distinción –suele decirse– radica en que la justificación de las decisiones a tomar en unos u otros casos tendría un distinto carácter. (...), en los casos fáciles (...), la justificación consistiría en efectuar una mera deducción, el consabido silogismo judicial, (...). Por el contrario, en los casos difíciles (...) la justificación de la decisión no puede contenerse únicamente en un razonamiento deductivo” (Atienza, Manuel. “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”. Op. Cit., p. 247).

¹⁸¹ Laporta, Francisco. *El imperio de la Ley: una visión actual*. Op. Cit., p. 205.

¹⁸² Para una definición “fácil” de “caso fácil”, Cfr. Aguiló Regla, Josep. “Positivismo y Postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”. Op. Cit., p. 673. Para Schauer, un caso será “fácil” cuando “las propias palabras de las leyes ofrecen una respuesta plausible”; es decir, “cuando las palabras de una ley son claras y dan lugar a una solución sensata” (Schauer, Frederick. *Pensar como un abogado: una nueva introducción al razonamiento jurídico*. Op. Cit., p. 167).

¹⁸³ Posner diferencia entre “casos rutinarios” y “no rutinarios” y, para él, los primeros “son aquellos que pueden ser decididos mediante la técnica legislativa” y, añade, “cuando los casos pueden decidirse así, los jueces se comprometen a utilizar esas técnicas y normalmente las usan” (Posner, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Op. Cit., p. 92).

¹⁸⁴ Cfr. Laporta, Francisco. *El imperio de la Ley: una visión actual*. Op. Cit., p. 206.

supuestos de *colaboración-crítica* y, con mucha mayor intensidad, en los de *competencia*.

Siguiendo con la clasificación tradicional, estos casos se presentarían cuando el juez, también en un acto discrecional fuerte (o no reglado), considera que está frente a sendos “casos difíciles” o, lo que es lo mismo, que no deben ser resueltos aplicando sin más la solución genérica prevista por el legislador, ya sea porque tiene que ser corregida (añadiendo o eliminando información), ya sea porque es totalmente inaceptable y debe ser descartada¹⁸⁵. La “dificultad” en los primeros se presentaría porque, siguiendo a Ródenas, se estaría produciendo lo que llama “experiencias recalcitrantes”; es decir, supuestos en los que el juzgador considera que hay un desajuste entre el texto del estándar legislativo y la razón subyacente que lo justifica, ya sea por *infra-inclusión* (estándar insuficiente), ya sea por *supra-inclusión* (estándar excesivo)¹⁸⁶. Dicho de otro modo, son casos en los que el juez valora *positivamente* el propósito que justifica el estándar (y, por eso, decide “colaborar” con su consecución), pero en los que entiende que este último ha sido formulado de tal forma que, o bien no cubre todos los supuestos que la “razón de ser” justificaría (*infra-inclusión*), o bien va más allá de lo que la razón subyacente razonablemente cubriría (*supra-inclusión*). Así, pues, son para el juez casos difíciles porque, a fin de asegurar la consecución del propósito del estándar (que él comparte), entiende que su misión es “corregir” las deficiencias que presenta el texto normativo, ya sea incorporando información faltante (estándar insuficiente), ya sea eliminando la que sobra (estándar excesivo).

¹⁸⁵ Sobre la definición de “casos difíciles”, Cfr. (i) Atienza, Manuel. “Para una razonable definición de razonable”. En: DOXA, N° 4, 1987, p. 194; y (ii) Atienza, Manuel. “Sobre lo razonable en el Derecho”. En: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 9, N° 27, Sep.-Dic. 1989, pp. 97-99. De acuerdo con Schauer, un caso se convierte en “difícil” si “una solución determinada lingüísticamente (...) puede considerarse, de manera plausible, como mejorable, o no del todo buena”. Para él, son casos difíciles “pero no porque el lenguaje no ofrece una respuesta para ellos. Lo son, precisamente, porque ofrece una respuesta que parece ser equivocada” (Schauer, Frederick. *Pensar como un abogado: una nueva introducción al razonamiento jurídico*. Op. Cit., p. 167).

¹⁸⁶ Ciertamente, Ródenas presenta dicha distinción como “objetiva” o no dependiente de las valoraciones del propio juzgador. En sus propias palabras, “puede suceder que en algunos casos se produzca un desajuste entre aquello que la formulación normativa nos exige y lo que la justificación subyacente a la misma requiere. Este tipo de experiencias son conocidas como *experiencias recalcitrantes* y pueden revestir dos formas: cabe que, en ciertos casos particulares, la generalización contenida en la formulación normativa no comprenda ciertos estados de cosas que pueden contribuir, en casos particulares, a la consecuencia representada en la justificación subyacente a la regla, es decir, cuando las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas no incorporan ciertos supuestos a los que, en cambio, su justificación subyacente sí sería aplicable. (...). Decimos que en estos casos la prescripción contenida en la formulación normativa es *infra-incluyente* en relación con su justificación subyacente, en el sentido de que tal prescripción no incorpora ciertos supuestos (...) a los que sería aplicable su justificación. En cambio, la prescripción contenida en la formulación normativa es *supraincluyente* cuando comprende estados de cosas que no produzcan la consecuencia representada en la justificación de la regla. (...). Decimos que en estos casos la prescripción contenida en la formulación normativa es *supraincluyente* en relación con su justificación subyacente, en el sentido de que tal prescripción incorpora ciertos supuestos (...) en los que no sería aplicable su justificación” (Ródenas, Ángeles. “¿Qué queda del positivismo jurídico?”. En: DOXA, N° 26, 2003, p. 432). En el mismo sentido, Cfr. Ródenas, Ángeles. “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”. En: DOXA, 24, 2001, pp. 72-73. En otro trabajo, Ródenas explica que estos supuestos son los que dan lugar a los casos de “derrotabilidad en el nivel de las prescripciones contenidas en las formulaciones de las reglas” (Cfr. Ródenas, Ángeles. *Los intersticios del Derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2012, pp. 37-39).

Se puede suponer, por ejemplo, que cuando el legislador estableció que la “apropiación de bienes del empleador, con prescindencia de su valor” (el texto del estándar) es una falta grave que da lugar al despido, lo hizo porque quería resaltar que es una conducta laboral lo suficientemente grave como para hacer irrazonable la subsistencia del vínculo laboral (su propósito)¹⁸⁷. Si ello es así, se puede sostener que al legislador lo que le interesa al señalar cuáles son las “faltas graves”, es tipificar las infracciones del trabajador que, por su particular intensidad, hacen insostenible la continuidad del vínculo laboral. Esto quiere decir, entonces, que la letra de las mismas no debe servir para justificar despidos por la comisión de faltas que, por su intensidad, no pueden razonablemente ser calificadas como “graves”. Y ello es, precisamente, lo que sucedió en los dos casos calificados como “colaboración-crítica”: en ambos, es claro que el juzgador comparte el propósito de la existencia de un catálogo de “faltas graves” pero, y esto es importante, considera que las infracciones cometidas por los trabajadores involucrados, aun cuando calzan perfectamente en el “supuesto genérico” del estándar legislativo, no son lo suficientemente graves como para dar lugar al despido. En el primer caso, porque entiende que la devolución de buena fe de los bienes sustraídos, según el propósito del propio estándar, le quita gravedad a la falta cometida (aun cuando el texto normativo expresamente no lo prevé); y, en el segundo, porque considera que el valor del bien sustraído es insignificante en relación con la intensidad requerida por la razón de ser para calificar una apropiación de bienes del empleador como “grave” (a pesar de que el texto del estándar señala expresamente lo contrario). De esta forma, al ser el primero un supuesto de infra-inclusión (no se recoge toda la información que el propósito exige) y el segundo uno de supra-inclusión (se va más allá de lo que el propósito justifica), el juzgador entiende que colaborar con la consecución de la “razón de ser” que motiva la acción legislativa, supone corregir los desajustes detectados entre el estándar y su propósito y, desde luego, resolver las respectivas controversias conforme al segundo.

¿Y los supuestos de *competencia*? También serían supuestos difíciles pero, en estos casos, el juez cuestiona el estándar, no porque sea insuficiente o excesivo en relación con su propósito, sino porque valora *negativamente* la razón subyacente que lo justifica. Vale decir, serían supuestos de “lagunas axiológicas” o, lo que es lo mismo, casos para los que existe un estándar legislativo que establece una solución general de antemano pero que, por alguna razón, el juzgador entiende que es *inacceptable*¹⁸⁸. Y lo sería porque, para él, es el propósito del estándar el que *en sí mismo* lleva a una mala solución para el caso en cuestión y, por tanto, entiende que no habría razón para colaborar con su consecución (es por eso que, discrecionalmente, decide competir

¹⁸⁷ En este caso, el propósito del texto normativo lo hallamos en el encabezado del propio artículo 25° de la LPCL: “Artículo 25.- Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. (...)”.

¹⁸⁸ Tal como explica Guastini, “un ordenamiento presenta una laguna axiológica (...) cuando un determinado supuesto de hecho —entiéndase bien— está, sí, regulado, pero está regulado de forma insatisfactoria, ya que falta en el ordenamiento no una norma cualquiera, sino una norma justa” (Guastini, Riccardo. “Contribución a la teoría del ordenamiento jurídico”. Op. Cit., p. 107).

imponiendo una solución alternativa). Tal como señala Laporta, son casos *moralmente* difíciles o, lo que es lo mismo, casos “en los que la respuesta jurídica prevista llevaría a resultados que parecen injustos”¹⁸⁹. ¿Y bajo qué paradigma un juez podría considerarlos de esa manera? Me parece que podría sustentarlo, o bien en un juicio de valor *interno* (o desde el propio Derecho), o bien en un juicio de valor *externo* (o desde su propio sentido de la justicia)¹⁹⁰. En el primer caso, normalmente, se apela a la “Moral Legalizada”, es decir, a la que el legislador constituyente quiso reforzar “incorporándola” en el texto de la Constitución (serían los típicos casos de inconstitucionalidad); mientras que, en el segundo, se recurrirá a lo se suele denominar como “Moral Crítica” o, lo que es lo mismo, a los principios ideales de Justicia que el juzgador *comparte* y que, por lo mismo, considera deberían formar parte del Derecho¹⁹¹.

Por ejemplo, en relación con el supuesto competitivo visto en el punto 2.4, el juez de la causa puede entender que exigir, como lo hacen los artículos 22° y 24° de la LPCL, la comisión de una falta grave para poder despedir de forma justificada a cualquier trabajador (incluyendo a los que desempeñan labores de confianza), es *compatible* con su propósito: ofrecer a todos los trabajadores protección adecuada frente al despido arbitrario, tal como lo señala el artículo 27° de la Constitución¹⁹². Sin embargo, entiende también que es *inaceptable* extender ese nivel de protección constitucional a aquellos trabajadores que, de conformidad con el artículo 43° de la LPCL, “laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado” o “cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales”. Dicho de otro modo, considera que los artículos 22° y 24° de la LPCL no son aplicables para resolver la controversia, a pesar de su formulación escrita, porque el propósito que los impulsa no es razonablemente aplicable al caso de los trabajadores de confianza. Y ello podría ser así, en la lógica del juzgador, en virtud de cualquiera de las siguientes razones: (i) contraviene el principio de igualdad ante la ley, recogido en el artículo 2.2 de la Constitución¹⁹³, afirmar que los “trabajadores de confianza” merecen la misma protección frente al despido arbitrario que la Ley prevé

¹⁸⁹ Laporta, Francisco. *El imperio de la Ley: una visión actual*. Op. Cit., p. 206.

¹⁹⁰ El mismo Guastini, en lo que se refiere a las lagunas axiológicas, señala que “por norma justa pueden entenderse, según las circunstancias, dos cosas sensiblemente distintas: una norma que es requerida por el sentido de justicia del intérprete o una norma cuyo dictado es requerido por otra norma (superior)” (Guastini, Riccardo. “Contribución a la teoría del ordenamiento jurídico”. Op. Cit., p. 107).

¹⁹¹ Para distinción entre “Moral Legalizada” y “Moral Crítica”, Cfr. Peces-Barba, Gregorio, Fernández, Eusebio y Asís, Rafael de. *Curso de Teoría del Derecho*. Op. Cit., pp. 67-68 y 82.

¹⁹² Artículo 27 de la Constitución del Perú.- La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

¹⁹³ Artículo 2 de la Constitución del Perú.- Toda persona tiene derecho: (...). 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

para los “trabajadores ordinarios” (un juicio de valor interno)¹⁹⁴; o (ii) transgrede el más elemental sentido de “justicia”, que implica “igualdad” y “proporcionalidad” en el reparto de los bienes¹⁹⁵, equiparar *desproporcionadamente* a los “trabajadores de confianza” con los “trabajadores ordinarios” (un juicio de valor externo)¹⁹⁶. Sea como fuere, desde que entiende que el problema reside en la propia razón subyacente del estándar (y no en su formulación escrita), decide dejarlo de lado y, como tal, ofrecer una solución para la controversia que, desde su perspectiva, sí es aceptable: permitir el despido por “retiro de confianza” en el caso de los trabajadores que desempeñan esa clase de funciones.

Como se puede apreciar, haber recurrido a la clasificación tradicional entre casos fáciles y casos difíciles, ha sido útil para resaltar los diferentes problemas que tendrá que afrontar el juez, cada vez que decida “plegarse al estándar”, “re-estandarizarlo” o “dejarlo de lado y fijar uno nuevo”. Mientras que, por lo general, optar por la primera alternativa no presentará mayores dificultades (la aplicación de los textos normativos, al presentarse en el plano prescriptivo como razones *excluyentes* para la acción, como veremos más adelante, no precisa de justificación adicional); decidirse por cualquiera de las otras dos exigirá desplegar un alto nivel de argumentación, especialmente en el supuesto competitivo. Y es que, si pretende colaborar críticamente, tendrá que demostrar: (i) que la razón subyacente justificativa del estándar es *la que dice que es*¹⁹⁷; (ii) que dicho estándar y su propósito, según las particularidades del caso, colisionan entre sí (por infra-inclusión o por supra-inclusión); y, sobre todo, (iii) que dicha razón subyacente tiene prioridad *valorativa* frente a la formulación escrita del estándar legislativo (como veremos después, Laporta ofrece un argumento interesante para, precisamente, evitar el pase del estándar a su razón subyacente). Desde luego, optar por la estrategia competitiva supondrá para el juzgador asumir un grado de dificultad mucho más elevado: tendrá que demostrar que aplicar el estándar en el caso concreto es inaceptable según el propio Derecho (lo que lo llevará a afrontar los problemas que el “test de ponderación” trae consigo) o, más difícil aún, de

¹⁹⁴ Para Ródenas, estos serían los casos de “derrotabilidad en el nivel de las justificaciones subyacentes a las reglas” (Cfr. Ródenas, Ángeles. *Los intersticios del Derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Op. Cit., pp. 40-44).

¹⁹⁵ Cfr. Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. Traducción de María Araujo y Julián Marías. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002, pp. 74-75, 1131b.

¹⁹⁶ De acuerdo con Ródenas, estos vendrían a ser los supuestos de “derrotabilidad radical de las normas jurídicas” (Cfr. Ródenas, Ángeles. *Los intersticios del Derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Op. Cit., pp. 44-48).

¹⁹⁷ Moreso, por ejemplo, resalta que “no es claro como han de identificarse las intenciones o propósitos que derroten lo establecido por el contenido semántico”, desde que “el modo más usual de determinar la intención de alguien es a través de lo que dice, (...)”; determinar que lo que el legislador quiere está en contradicción con lo que dice presupone que podemos acceder a lo que quiere al margen de lo que dice. No es obvio de qué instrumentos disponemos para ello” (Moreso, José Juan. “Tomates, hongos y significado jurídico”. Op. Cit., 2010, pp. 38 y 39). Por lo demás, se debe recordar que, a estos efectos, tal como puso de manifiesto Dworkin es posible distinguir entre las intenciones *semánticas* del legislador (lo que quería decir al utilizar las palabras que eligió) y sus intenciones *políticas* (las consecuencias que esperaba que tuviera lo que dijo) (Cfr. Dworkin, Ronald. *La justicia con toga*. Op. Cit., pp. 141-143).

conformidad con “la Moral” (lo que inevitablemente supondrá defender, en el plano metaético, la posibilidad de “enunciar una determinada moral correcta”¹⁹⁸).

De esta forma, queda claro que hay una relación inversa entre colaboración y justificación (a *menor* colaboración, *mayor* justificación). ¿Esto es suficiente para disuadir al juez de optar por las opciones menos colaborativas? Me parece que la experiencia empírica demuestra lo contrario. Y es que asumir un mayor costo de argumentación, no supone necesariamente que sea completamente irracional recorrer los caminos no colaborativos (lo irracional podría ser lo contrario, es decir, plegarse sin más al estándar cuando los hechos del caso exigen del juez un esfuerzo mucho mayor). El juez puede estar plenamente consciente de la mayor exigencia de justificación y, aun así, optar por la vía menos colaborativa posible (es decir, la competencia). ¿Por qué, pues, sucede esto? Para hallar la respuesta, en mi opinión, es imprescindible estudiar los factores que, de una u otra manera, estarán presentes en el *ámbito personal de la decisión judicial* y que, tomados en conjunto, son los que llevarán al juez a optar *racionalmente* entre los diferentes cursos de acción posibles. Eso es lo que trataré a continuación.

3.2 El contexto personal de la decisión judicial.

Sin duda, una de las principales aportaciones del realismo jurídico norteamericano fue subrayar el papel preponderante que cumplen los jueces en el momento de resolver controversias (aunque, ciertamente, minusvaloraron el rol de los textos normativos) y, desde esa perspectiva, destruir la idea de que el proceso de decisión judicial es similar a un silogismo. ¿Y cómo llegaron a esas conclusiones? Poniendo de manifiesto una obviedad: que los jueces son seres humanos también¹⁹⁹ y, por tanto, que están muy lejos de ser simples *maquinas reproductoras* de Derecho²⁰⁰. Es por esta razón que, a los efectos de ofrecer una *explicación* sobre cómo deciden los jueces (el plano descriptivo), exploraron vías diferentes a los textos normativos (a veces “sociales”, a veces “idiosincráticas”)²⁰¹ y, en el caso de Jerome Frank, especialmente vinculadas con la “personalidad” del juzgador²⁰². La aproximación “los jueces son seres humanos

¹⁹⁸ Desde luego, la enunciación de esa “moral correcta” supone a su vez afirmar, o bien que ésta se identifica con una especie de moral “objetiva y absoluta”, independiente del ser humano, pero susceptible de ser conocida (el planteamiento cognoscitivista o descriptivista), o bien que lo hace con una moral subjetiva pero correcta por ser intersubjetivamente fundamentable (la perspectiva no-cognoscitivista prescriptivista). Al respecto, Cfr. Dorado Porras, Javier. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico: una revisión de los argumentos en defensa del positivismo*. Madrid: Dykinson, 2004, pp. 25-27 y 57.

¹⁹⁹ Como señaló Frank, “since the judge is a human being and since no human being in his normal thinking processes arrives at decisions (...) by the route of any such syllogistic reasoning, it is far to assume that the judge, merely by putting on the judicial ermine, will not acquire so artificial a method of reasoning, in most cases, are worked out backward from conclusions tentatively formulated” (Frank, Jerome. *Law and the modern mind*. Op. Cit., p. 109).

²⁰⁰ La siguiente es una de las frases más famosas de Frank: “The law is not a machine and the judges not machine-tenders” (Ibid., p. 129).

²⁰¹ Cfr. Punto 2.2.1 de esta parte de la presente investigación.

²⁰² Conviene recordar que, para Frank, “If the personality of the judge is the pivotal factor in law administration, then law may vary with the personality of the judge who happens to pass upon any given case” (Frank, Jerome. *Law and the modern mind*. Op. Cit., p. 120).

también” los llevó a buscar respuestas en factores que *realmente* fueran decisivos en el razonamiento del propio juez (en tanto “ser humano”).

Ciertamente, también desde un punto de vista descriptivo, parece que cometieron un error al infravalorar el rol de los textos normativos (error que ha sido corregido por el realismo contemporáneo²⁰³) pero, desde luego, esto no quiere decir que la aproximación sea errónea y, mucho menos, que sea falso que factores diferentes a los estándares legislativos participan en el proceso de decisión judicial (incluso, la personalidad cautelosa u optimista del juzgador puede ser determinante a fin de que finalmente se decida por plegarse, re-estandarizar o dejar de lado un estándar). La aproximación “los jueces son seres humanos también” lo único que nos dice es que el proceso de decisión judicial, como cualquier toma de decisión humana, implica optar entre alternativas diferentes (por ejemplo, si actúa mecánicamente es porque *elige* hacerlo) y, por tanto, que se verá afectado por muy diversos factores (además del sentido que se le atribuya a los textos normativos), ya sean “internos” al propio juez (por ejemplo, los principios morales que suscriba), ya sean “externos” o ajenos a su voluntad (por ejemplo, la posible reacción adversa de la opinión pública o de sus pares). A la interacción de todos esos factores, dentro de la persona del juez, es a lo que a partir de ahora llamaré el *contexto personal de la decisión judicial*.

3.2.1 Una mirada a la “teoría de la decisión racional”.

Como se dijo previamente, desde la perspectiva de la teoría de los juegos, los jueces toman decisiones en el marco de “contextos paramétricos”; vale decir, en situaciones donde la decisión que finalmente elijan solamente depende de los parámetros que manejen, sin ser necesario el concurso de nadie más²⁰⁴. Dicho de otro modo, la resolución de la controversia puesta ante sus ojos, sólo está sujeta a su voluntad y, como tal, absolutamente nadie puede bloquear o interferir en dicha decisión (la regla de funcionamiento necesaria llamada “independencia” lo garantiza). Si ello es así, la clave para comprender *por qué* los jueces actúan como lo hacen, es explorar cuáles son los parámetros (o los factores) que, de una u otra manera, condicionan –o posibilitan– el sentido de la decisión final. Y, a mi juicio, la mejor manera de hacerlo es recurrir a los aportes que, sobre esta materia, ha realizado la “teoría de la decisión racional” (o “teoría de la utilidad”) que, precisamente, es la que estudia la adopción de decisiones en el marco de situaciones paramétricas²⁰⁵. La razón o el porqué de esta aproximación metodológica es simple: uno de los elementos centrales de esta teoría es que adoptar cualquier decisión, tal como las judiciales, implica realizar siempre una

²⁰³ Cfr. Punto 2.2.3 de esta parte de la presente investigación.

²⁰⁴ Cfr. Sánchez-Cuenca, Ignacio. Op. Cit., p. 6.

²⁰⁵ Cfr. Ibid., p. 7.

opción valorativa²⁰⁶. De esta forma, lo que hace es ofrecernos un esquema para ordenar todos los factores que necesariamente deben ser tomados en cuenta, a los efectos de que el curso de acción por el que finalmente se opte sea el más “acertado” dentro de todos los posibles.

El punto de partida de este enfoque es asumir que todos los sujetos que interactúan en la sociedad (ya sean actores individuales, ya sean colectivos), son “agentes racionales”; esto es, personas que cuentan con “deseos” sobre cómo les gustaría que fueran las cosas, “creencias” sobre cómo son realmente y, por tanto, “preferencias” que guiarán sus relaciones con los demás (es más o menos obvio que estas últimas se construirán sobre la base de las dos primeras). La teoría de la decisión lo que afirma es que los agentes son racionales cuando su comportamiento es “auto-interesado”; es decir, cuando actúan según sus preferencias (buscan maximizarlas) y no en función de las de los demás. ¿Esto quiere decir que siempre son “egoístas”? De ninguna manera. Ciertamente podrían serlo si sus preferencias están basadas sólo en obtener su propio bienestar (lo que es lo habitual), pero la teoría de la decisión reconoce que el agente también podría ser “altruista” o, lo que es lo mismo, un sujeto cuyas preferencias incluyen alcanzar –también o, incluso, sólo– el bienestar de los demás (y hay una vasta historia de comportamientos de este tipo). Ser auto-interesado no es, pues, sinónimo de ser egoísta y, desde luego, ser altruista no supone que el agente es irracional²⁰⁷.

¿Y de qué depende, entonces, la racionalidad/irracionalidad de las diferentes acciones? Simplemente, de si permiten –o no– maximizar la utilidad del agente, es decir, satisfacer sus preferencias. Depende, pues, de una cuestión netamente formal: si hay certidumbre sobre los resultados que generará cada alternativa de acción (se sabe que con C se alcanza A y con D se obtiene B), entonces la opción “racional” será aquella que posibilite maximizar las preferencias del agente (si A se prefiere a B, entonces lo racional será hacer C en lugar de D); pero, si no hay certeza sobre las consecuencias, entonces lo lógico será realizar aquella que permita maximizar “más” según las “probabilidades” (si haciendo C lo más probable es que se obtenga A, entonces lo racional será realizar C aun cuando no se tenga total certeza sobre sus

²⁰⁶ Tal como señala Posner, “la fundamentación nos ofrece además la excepcional oportunidad de que los jueces hagan un uso creativo de la teoría de la decisión, uno de cuyos elementos es el reconocer que se lleva a cabo una opción valorativa” (Posner, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Op. Cit., p. 129).

²⁰⁷ Cfr. Sánchez-Cuenca, Ignacio. Op. Cit., pp. 13-14. Por cierto, este es también el punto de partida del denominado “Análisis Económico del Derecho”. Como señala Posner: “As conceived in this book, economics is the science of rational choice in a world –our world– in which resources are limited in relation to human wants. The task of economics, so defined, is to explore the implications of assuming that man is a rational maximizer of his ends in life, his satisfactions –what we shall call his “self-interest”. Rational maximization should not be confused with conscious calculation. Economics is not a theory about consciousness. Behavior is rational when it conforms to the model of rational choice, whatever the state of mind of the chooser. And self-interest should not be confused with selfishness; the happiness (or for that matter the misery) of other people may be a part of one’s satisfactions” (Posner, Richard. *Economic analysis of law*. Boston/Toronto/London: Little, Brown and Company, 1992, 4ta ed., pp. 3-4).

resultados)²⁰⁸. Sea como fuere, a los efectos de determinar cuál es la ruta o el camino recomendable –y que, por ello, debe seguirse–, la teoría de la decisión pone el énfasis en los parámetros que delimitan el contexto en el cual el agente tendrá que elegir (son los que producen certidumbre/incertidumbre). Dicho de otro modo, son esos factores los que fijarán el “contexto personal de la decisión”.

¿Y cómo afectan o influyen en el curso de acción a ser elegido? Para la teoría de la decisión racional, los factores se ordenan según los controle –o pueda controlar– el agente²⁰⁹. Así, de un lado, están aquellos sobre los que puede influir o modificar porque, al fin y al cabo, dependen única y exclusivamente de su voluntad. Son los factores “internos” a la persona del agente (por ejemplo, yo mismo determino la cantidad de dinero que puedo gastar para hacer la compra de la semana). De otro lado, en cambio, están los que no puede controlar o son ajenos a su voluntad aun cuando, eventualmente, pudiera conocerlos o preverlos con cierto grado de certeza. A estos últimos se les denomina factores “externos” y, desde luego, serán los que, la mayor de las veces, añadirán incertidumbre en los procesos de decisión (por ejemplo, el mayor o menor precio de los alimentos, que no depende de mí, hará que decida comprar más o menos productos en función de mis restricciones presupuestarias)²¹⁰. Por tal razón, desde que todo no se puede controlar (o prever), la teoría de la decisión también pone la mirada en la actitud del agente frente al riesgo: si es “indiferente” no lo tomará en cuenta en absoluto (no entrará en su cálculo), si es “propenso” tendrá un actitud optimista (asumirá que los factores externos le son favorables), pero si tiene “aversión” se pondrá en el peor escenario (los factores externos le son adversos) y, como tal, actuara con cautela²¹¹.

De esta forma, la teoría de la decisión racional nos ofrece una serie de herramientas metodológicas para identificar y ordenar los factores que configuran el contexto de decisión judicial y, después, para optar por el curso de acción más recomendable (para el juez evidentemente). El punto que voy a defender a continuación es que la resultante de la interacción de dichos parámetros, empíricamente, delimita una zona, un área de “razonabilidad”, dentro de la cual el juez es libre de moverse pero, si actúa fuera de ella, compromete seriamente su propia posición dentro del Juego de Juzgar.

²⁰⁸ Cfr. Sánchez-Cuenca, Ignacio. Op. Cit., pp. 14-28.

²⁰⁹ Cfr. Aguado Franco, Juan Carlos. *Teoría de la decisión y de los juegos*. Las Rozas: Delta, 2007, pp. 3-4.

²¹⁰ Como explican Pardo y Valdés, “si existen dudas respecto de qué acción tomar, éstas son debidas a la incertidumbre subyacente en los procesos de decisión, que se materializa en lo que hemos llamado en los estados de la naturaleza [los factores externos]. La determinación de estos estados constituye el primer obstáculo serio en la resolución del problema. La realidad es que el diagnóstico correcto sobre cuáles son los estados de la naturaleza de un problema concreto se convierte en ocasiones, en el primero y fundamental componente necesario para la determinación de decisiones óptimas. Este diagnóstico, pues, obliga a un minucioso análisis para determinar todos aquellos elementos que pueden influir “de facto” en los resultados derivados de una acción, y que no sean controlables directamente por el decisor. Como sabemos, estas dos características (influencia en los resultados y ausencia de control por parte del decisor) determina la naturaleza intrínseca de los estados de la naturaleza” (Pardo, Leandro y Valdés, Teófilo. *Decisiones estratégicas*. Madrid: Ediciones Días de Santos S.A., 1987, pp. 54-55).

²¹¹ Cfr. Aguado Franco, Juan Carlos. Op. Cit., pp. 3-4 y 39-47.

La zona de razonabilidad, pues, le sirve al juez para excluir determinados cursos de acción que, por ir en contra de sus preferencias, serían irracionales (desde su propia perspectiva claro está).

3.2.2 Los parámetros de la decisión judicial.

Se puede afirmar, según lo visto hasta ahora, que básicamente son dos las decisiones que los jueces deben adoptar en relación con los textos normativos: (i) ¿qué significado deben asignarles?; y, después de haberlo hecho, (ii) ¿si deben –o no– plegarse al mismo de cualquier forma? Está claro que para resolver los dos, desde una perspectiva descriptiva, tiene discreción total y absoluta. Para lo que sigue, asumiré que el primer problema ya está superado y, por tanto, que ahora debe elegir entre “plegarse al estándar”, “re-estandarizarlo” o “dejarlo de lado y fijar uno nuevo”. ¿Cuál de esos posibles cursos de acción es el que finalmente seguirá?

3.2.2.1 Las “preferencias” de los jueces: el punto de equilibrio entre egoísmo y altruismo.

Si el juez es un agente racional, como sugiere la teoría de la decisión, entonces es un sujeto auto-interesado y, por tanto, actuará siempre en función de sus preferencias. Debemos empezar, entonces, por identificar estas últimas. Para responder esta interrogante Posner, un escéptico moderado²¹², estudia los condicionantes de la labor judicial (“cómo deciden los jueces”), recurriendo a ciertas categorías propias del análisis económico. Así, presenta a los jueces, en su condición de individuos, como uno de los actores del “mercado de trabajo judicial”; esto es, aquel constituido, de un lado, por el Estado en tanto responsable de hallar soluciones a los casos particulares (la demanda de trabajo) y, de otro, por los aspirantes a jueces o a desarrollar dicha actividad laboral (la oferta de trabajo)²¹³. Desde esta mirada, para saber cuáles son las preferencias de los jueces, hay que identificar qué es lo que buscan cuando postulan al cargo y, por supuesto, una vez instalados en él. ¿Qué es, pues, lo que persiguen los jueces antes y después de ser nombrados como tales? Siguiendo al mismo Posner, se puede decir que las preferencias que guiarán la labor de los jueces, sin duda tienen un elemento *egoísta*, pero –y esto no ha sido lo suficientemente resaltado por Posner– también tendrán necesariamente un fuerte componente *altruista*: resolver, utilizando los textos normativos, los conflictos interpersonales *de los demás* (la función resolutoria) y, desde luego, prevenir a través de sus fallos la reiteración de casos similares (la función preventiva).

Pero vayamos despacio, las preferencias *egoístas* de los jueces son muchas y muy variadas. Sin duda, al igual que cualquier trabajador, al postular al puesto persiguen

²¹² Al menos así se autodefine él, Cfr. Posner, Richard. “The Jurisprudence of skepticism”. Op. Cit., pp. 829-830.

²¹³ Cfr. Posner, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Op. Cit., p. 71.

obtener un trabajo que, por lo general, no estará mal remunerado y, normalmente, es estable en relación con otros empleos²¹⁴. Pero no sólo eso, la judicatura también es una “carrera profesional” y, por tanto, la posibilidad de recibir una promoción laboral es particularmente valorada por los jueces, especialmente por aquellos que recién se incorporan²¹⁵. Asimismo, a diferencia de otros trabajos, el puesto de juez ofrece una serie de compensaciones no pecuniarias que, a decir verdad, no son nada desdeñables. Por ejemplo, en relación con la práctica profesional privada, los jueces no tienen que doblegarse ni responder ante clientes y, por el contrario, recibirán un trato deferente o respetuoso tanto de la partes como de sus abogados²¹⁶. Sin duda, lo mismo sucede con la investigación o la docencia universitaria pero, a diferencia de la academia, los jueces tienen “poder” (como vimos en el capítulo I) y, en sí mismo, esto es una fuente de satisfacción personal²¹⁷. También cuentan, en virtud de la regla de funcionamiento necesaria llamada “independencia”, con autonomía funcional para desarrollar sus labores. No hay, pues, superiores jerárquicos que dirijan y supervisen el día a día de su trabajo²¹⁸. Finalmente, como lo demuestra la experiencia cotidiana, ser percibido como un “buen juez” crea “fama”²¹⁹ y, eventualmente, permite dar el salto a nuevas experiencias personales, especialmente en el ámbito de la política.

Claramente, en términos laborales, desempeñar la labor de juez supone percibir una serie de beneficios personales (o egoístas). Es por ello que, aun cuando se podría percibir un salario mayor en el muy inestable sector privado, el puesto de juez es particularmente deseable y, como tal, no es ilógico asumir que aquel que lo obtuvo preferirá conservarlo a perderlo. Pero las ventajas egoístas, por sí solas, no explican el porqué de la decisión de ser juez. Y es que la labor judicial, en sí misma, supone asumir una tarea de particular relevancia y, por ende, cumplir con una serie de compromisos y/o responsabilidades²²⁰, especialmente la de resolver cualquier controversia que se ponga ante sus ojos, sin importar su grado de dificultad y, desde luego, la de motivar sus decisiones (las reglas de funcionamiento necesarias del Juego de Juzgar). Por esta razón, no es posible explicar la opción personal de ser juez en términos puramente egoístas (sino todos los abogados querrían serlo). También estará presente, entonces, la vocación y el deseo de contribuir con el bienestar de *los demás*²²¹. Si ello no fuera así, ¿por qué existe una ética particular vinculada con el

²¹⁴ Cfr. Posner, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Op. Cit., p. 73.

²¹⁵ Cfr. Ibid., pp. 148-153.

²¹⁶ Cfr. Ibid., p. 73.

²¹⁷ Cfr. Ibidem.

²¹⁸ Cfr. Ibid., p. 80.

²¹⁹ Cfr. Ibid., p. 74.

²²⁰ El Código Iberoamericano de Ética Judicial, en su artículo 1º, señala que la razón de ser del juez “es la de garantizar a los ciudadanos el derecho a ser juzgados con parámetros jurídicos, como forma de evitar la arbitrariedad y de realizar los valores constitucionales y salvaguardar los derechos fundamentales”.

²²¹ Cfr. Posner, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Op. Cit., pp. 74-76. En otro momento, Posner explicó la decisión de ser juez en los siguientes términos: “Judges have a utility function, as economists refer to a person’s system of preferences, just like everybody else; it’s just that the function is missing many of the usual “arguments”, as economists call the preferences, that are found in the typical worker’s utility function. Clearly one that remains is leisure, and in the age of the law clerk the opportunities for a leisured judicial career are abundant. Yet most judges work pretty hard, and many work very hard indeed – too hard, in a

trabajo judicial?, ¿acaso ser un “buen juez” no presupone también desempeñar el trabajo con dedicación y esfuerzo?, ¿acaso no es cierto que, de manera silenciosa, muchos jueces afrontan sus tareas cotidianas de esa manera? Si los jueces verdaderamente quieren ser vistos como “buenos jueces”, entonces es evidente que deben tener vocación de servicio o, lo que es lo mismo, una marcada preferencia por resolver los conflictos *de los demás*²²². No por nada Aristóteles, al hablar de la noción de “justicia correctiva”, resaltó que “(...) siempre que hay discusión se recurre al juez, y el ir al juez es ir a la justicia, porque el juez quiere ser una como encarnación de la justicia; se busca al juez como término medio, (...), la justicia es un término medio, puesto que lo es el juez”²²³.

No cabe duda, entonces, que el juez, en tanto agente racional, también tiene preferencias altruistas. Esto quiere decir, entonces, que sus acciones no van a estar regidas sólo por la satisfacción de su propio bienestar, sino también por la maximización del beneficio social que su labor genera y, por tanto, su racionalidad habrá que medirla según que tanto se acercan o alejan de la satisfacción de ambos propósitos. De esta forma, no sólo sería sumamente reprochable que privilegien los egoístas sobre los altruistas (por ejemplo, aceptando sobornos, dedicándose al ocio en horas de trabajo, privilegiando la fama a la resolución meditada de las controversias, etc.), sino que tampoco será racional que, para beneficiar a la sociedad, se ponga en riesgo su propio bienestar personal (por ejemplo, trabajando más allá de la jornada ordinaria, asumiendo una carga laboral desproporcionada, enfrentándose solo a leyes tiránicas, etc.)²²⁴. En tal sentido, desde la perspectiva del juez, la decisión más racional será aquella que, atendiendo a las particularidades que pudiera presentar el caso, resuelve adecuadamente la controversia (maximiza la preferencia altruista) y, a su vez, mejora sus posibilidades de progresar en la “carrera” o, al menos, de mantenerse en el cargo (maximiza la preferencia egoísta). En términos de la teoría de la decisión, será el punto en el que se optimiza tanto los intereses personales del juez como los altruistas que su labor demanda. Desde luego, la clave estará en hallarlo en cada caso y, para eso, es imprescindible estudiar los parámetros que condicionan el proceso de decisión judicial y, sobre todo, la noción de “zona de razonabilidad”. Eso es lo que se verá a continuación.

number of instances; (...). What are they working hard for? Some for celebrity, but most are content to labor in obscurity. I think most judges (...) are guided in their judicial performance primarily by two objectives that are different from and more interesting than a desire for leisure or a thirst for celebrity. One is a desire to change the world for the better (which to the cynical is simply a desire to exercise power – and the ability to exercise even modest power is indeed a perk of being a judge). The other is to play the judicial game” (Posner, Richard. “The role of the judge in the twenty-first century”. En: Boston University Law Review, N° 86, 2006, p. 1056).

²²² Para Ross es un hecho que los jueces tienen una marcada preferencia altruista, desde que ven “en su actividad una tarea al servicio de la comunidad” y, como tal, desean “hallar una decisión que no sea resultado fortuito de la manipulación mecánica de hechos y parágrafos, sino algo que tenga un propósito y un sentido, algo que sea *válido*” (Ross, Alf. Op. Cit., p. 96).

²²³ Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. Op. Cit., p. 76, 1132b.

²²⁴ Más adelante, en los puntos 3.2.2.3 y 3.3.3, veremos cómo las razones de tipo prudencial interactúan con las demás razones internas que aparecen dentro del contexto personal de la decisión judicial.

3.2.2.2 Los factores “externos” al proceso de decisión judicial: los costes de agencia y las “contraintes”.

Hemos visto que el juez, como cualquier otro trabajador, está inmerso en una relación de trabajo. Esto quiere decir que, aunque no lo quiera, tendrá un empleador ante el cual, eventualmente, tendrá que rendir cuentas. Este dato no es irrelevante porque el Estado, al igual que cualquier otro empleador, establecerá –o, al menos, lo intentará– una serie de mecanismos con el objetivo de asegurarse de que su empleado (el juez) realmente haga lo que se espera de él. Dicho de otro modo, necesariamente incurrirá en los denominados “costos de agencia” o, lo que es lo mismo, en el coste de alinear los intereses del empleado con los suyos²²⁵. Si, como dice Posner, esos mecanismos existen –y existirán– empíricamente y, de hecho, son ajenos a la voluntad del juez (son, pues, factores externos), entonces este último al momento de adoptar cualquier decisión tendrá que tomarlos en cuenta si es que no quiere ver afectada su posición en tanto trabajador (o el logro de sus preferencias).

¿Qué es, pues, lo que espera el Estado de los jueces? Si asumimos que el Estado, en tanto comprador de trabajo, espera “nombrar buenos jueces, en el sentido de jueces que hagan valer de forma imparcial las normas jurídicas que se encuentran en la Constitución y en las leyes (...) y que lo hagan libres de toda injerencia política por parte de las autoridades que han llevado a cabo los nombramientos”²²⁶, entonces es más o menos obvio que los costos de agencia irán dirigidos a asegurar que se cumpla cabalmente con esa labor. Aun cuando es muy poco probable que efectivamente consiga que siempre fallen según el sentido de los textos normativos (no debemos olvidar que los jueces, como vimos en el capítulo I, actúan siempre con discreción en sentido fuerte), sí es empíricamente posible que, introduciendo ciertos mecanismos correctivos (los condicionante externos a la actividad de juzgar), logre disuadirlos de optar por las vías menos colaborativas.

¿Cuáles son, entonces, esos mecanismos correctivos? Una forma de explicarlos es recurriendo a la teoría de las *contraintes* jurídicas desarrollada por Michel Troper. Esta teoría se propone resolver la pregunta por qué los jueces, aun cuando tienen una amplia libertad para interpretar los textos normativos (no se olvide que dicho autor defiende la tesis escéptica de la interpretación jurídica), normalmente deciden plegarse a la voluntad del legislador. Para Troper, ello sucede porque empíricamente operan las *contraintes*, es decir, una serie de mecanismos jurídicos que *de hecho* restringen el ámbito de actuación de los propios jueces²²⁷. Como explica Barberis, la teoría de las *contraintes* jurídicas afirma que “el Derecho constriñe a los órganos judiciales –

²²⁵ Cfr. Posner, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Op. Cit., p. 143.

²²⁶ Cfr. Ibid., p. 71.

²²⁷ Cfr. Arena, Federico José. “Formalismos jurídicos e institucionalismo económico. Un análisis filosófico de la crítica al formalismo”. En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 13, 2010, pp. 194-195. Para un desarrollo pormenorizado, Cfr. M. Troper, V. Champeil-Desplats y C. Grzegorzczak (directores). *Théorie des contraintes juridiques*. Paris: L.G.D.J., 2005.

incluidos los tribunales superiores— a respetar sus propias competencias, absteniéndose de usar sus propios poderes interpretativos hasta sus últimas consecuencias”²²⁸. Para saber, entonces, por qué los jueces normalmente no despliegan todo su poder, hay que echar una mirada a las instituciones jurídicas que, de hecho, limitan su espacio de discrecionalidad.

La primera, sin duda, es un filtro o una barrera de acceso: la exigencia de ser jurista²²⁹. Si algún sentido tiene la misma, precisamente, es la de asegurarse que las personas que van a desempeñar la labor de jueces, sean individuos formados o educados en el razonamiento basado en textos normativos²³⁰. Ello es así porque, como explica Aguiló, tradicionalmente, se ha entendido que “estudiar Derecho es aprehender reglas jurídicas de cada una de las ramas que lo componen” y, como tal, “estos planteamientos relativos a la enseñanza del Derecho (a las Facultades de Derecho), se han aplicado también como criterios para seleccionar a los juristas profesionales (...). Jueces, fiscales, abogados del Estado, notarios, etc., deben seleccionarse mediante una oposición en la que muestren la excelencia de su conocimiento del Derecho, es decir, la excelencia de su conocimiento de las reglas jurídicas”²³¹. De esta forma, cuando el Estado solicita este requisito, en verdad, lo que está haciendo es solicitar trabajadores mentalmente habituados a utilizar, como la premisa mayor de su razonamiento, un estándar ofrecido de antemano por la legislación del propio Estado²³².

Por supuesto, desde que siempre es posible que acceda al puesto un “rebelde”, también existen mecanismos para evaluar la “calidad” de las resoluciones o, en el entendimiento de la autoridad estatal, su respeto irrestricto de la regla de comportamiento debido “fallar conforme a Ley”²³³. Sin duda, a ello responde la estructura jerarquizada del “Poder Judicial” y las instituciones jurídico-procesales llamadas “apelación” y “casación” que, precisamente, permiten ascender por la misma buscando el reexamen de las controversias. No se debe perder de vista el efecto disuasorio que, en los órganos judiciales, puede ejercer una posible —o segura— revocación de sus resoluciones por las instancias superiores. Y es que, para ellos, se

²²⁸ Barberis, Mauro. “Realismo jurídico europeo continental”. Op. Cit., p. 233.

²²⁹ Cfr. Posner, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Op. Cit., p. 145.

²³⁰ De acuerdo con Thomas, desde que la educación y el entrenamiento jurídico “obviously leave their mark (...) the lawyer who is appointed a judge (...) has been conditioned in such a way as to virtually preclude the possibility of stepping outside the bounds of legitimate judicial reasoning” (Thomas, E.W. *The judicial process. Realism, pragmatism, practical reasoning and principles*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 245).

²³¹ Aguiló Regla, Josep. “Positivismo y Postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”. En: Interpretación jurídica y teoría del Derecho. Isabel Lifante Vidal (editora). Lima: Palestra, 2010, pp. 32-33.

²³² En su oportunidad, Jerome Frank señaló lo siguiente sobre las Facultades de Derecho: “What is a law school? An institution of learning where “law” is supposed to be taught; where “law” books are studied, where men are presumably trained to become “law”-yers who will practice “law” or to preside as judge in “law” courts where they will decide “law” suits. Law schools have, then, a grave responsibility. How they define “law” will unavoidably affect the thinking of future lawyers and judges” (Frank, Jerome. “Are judges human?” Op. Cit., p. 17).

²³³ Cfr. Posner, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Op. Cit., p. 151.

trata de una suerte de “reprimenda pública”²³⁴. Desde luego, esto explica por qué los jueces por lo general son sumamente respetuosos con los precedentes (más que con los estándares legislativos): ninguno de ellos quiere, en su legajo personal, un número considerablemente alto de resoluciones revocadas²³⁵. Claramente, ello pondría en entredicho la calidad de su trabajo, su idoneidad para el cargo y, peor aún, lesionaría su propia autoestima²³⁶.

Pero, ¿qué sucede con los tribunales de apelación o, peor aún, con aquellos que están en la cúspide de la jerarquía judicial? Desde que sus resoluciones no son fácilmente revocables (o, de plano, irrevocables), claramente gozan de una libertad de acción mucho más amplia que la de los órganos judiciales de inferior jerarquía. Sin embargo, el carácter “colegiado” de los mismos, en el que las resoluciones se adoptan por mayoría –en algunos casos, incluso, calificada– hace que, en su interior, los jueces que los integran se auto-constrañen entre sí²³⁷. Y es que, como explica Thomas, “even on an appellate Court, the presence of other members of the court exerts a constraining effect on a judge who might be prone to aberrant or idiosyncratic decisions”²³⁸. Ello sería así porque, a pesar de que se permite la discrepancia pública (vía la institución del voto disidente, singular, razonado o en minoría), el solo hecho de tener que conseguir el voto concurrente de los demás miembros para imponer la propia posición (con la dosis de debate y negociación que esto supone), por lo general conseguirá que los jueces más “díscolos” se inhiban o, en todo caso, queden en minoría. La necesaria cooperación entre los miembros de los Tribunales de alzada hará que exista, entre ellos, una marcada aversión al disenso²³⁹. Sea como fuere, el efecto probable será la emisión de resoluciones “moderadas”.

²³⁴ Cfr. Posner, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Op. Cit., p. 160.

²³⁵ Cfr. Ibid., p. 162. El mismo autor, en su libro “El análisis económico del Derecho”, ofrece las siguientes razones para explicar porque los jueces, normalmente, se adhieren al precedente: “El juez que se desentiende de un precedente deseando establecer el propio, contrario al precedente, podría minar de manera poco significativa la práctica de la decisión de acuerdo con el precedente; los costos privados de su acto pueden ser menores que las ganancias privadas. Sin embargo, la estructura de la revisión de apelación mantiene bajo control el problema de la “gorra”. El juez que se desentiende de un precedente se verá refutado por un tribunal superior que no tiene interés en permitir que él mine la práctica de la decisión de acuerdo con el precedente a fin de magnificar su propia influencia. (...). Otro factor que impulsa a los jueces a seguir el precedente es el impacto del rechazo del precedente sobre la cantidad de litigios. Ésta aumentará debido a la reducción de la certeza legal y generará una presión para que se añadan nuevos jueces (diluyendo así la influencia de los jueces existentes), se haga que cada juez trabaje más o se sustituyan los tribunales judiciales por tribunales arbitrales y administrativos, lo que reduciría el poder judicial” (Posner, Richard. *El análisis económico del Derecho*. Traducción de Eduardo L. Suárez. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 508-509).

²³⁶ Como señala Thomas, “no judge wishes to be reversed on a regular basis or reversed in a way which reflects on his or her capacity to judge. Such treatment goes their self-esteem” (Thomas, E.W. Op. Cit., pp. 243-244).

²³⁷ Este dato no es menor porque, desde la perspectiva de la teoría de los juegos, nos indica que el contexto de decisión *al interior* de los tribunales de alzada es uno de tipo “estratégico” y, como tal, que cada miembro para alcanzar sus objetivos (egoístas y altruistas) forzosamente tendrá que tomar en cuenta los intereses o preferencias de los demás (Cfr. Punto 3.2.1 de esta parte); aunque, desde luego, esto no quiere decir que el contexto de decisión de los tribunales, en tanto *agentes colectivos* (exactamente igual que “el legislador”), haya dejado de ser uno de tipo “paramétrico” (no hay ningún agente *externo* que pueda bloquear o boicotear la emisión de la decisión acordada por sus miembros).

²³⁸ Thomas, E.W. Op. Cit., p. 244.

²³⁹ No debe olvidarse que, como dice Posner, “a la mayor parte de los jueces [de los Tribunales de apelación] no les gusta disentir (...). No sólo molesta y erosiona las buenas relaciones entre colegas,

Desde luego, siempre es posible que se consiga una mayoría “cismática” o predispuesta a “descarrilarse” (o, lo que es lo mismo, a colaborar críticamente o, peor aún, competir con el legislador). Y por tal razón, al igual que los jueces de baja graduación, los miembros de los tribunales de apelación y/o de casación siempre tendrán que estar pendientes de la posibilidad jurídica de ser destituidos o, como existe en algunos sistemas, de no ser ratificados en sus funciones²⁴⁰. Es un hecho que “mientras más seguro es el cargo judicial, más difícil es controlar el comportamiento de los jueces”²⁴¹, pero también lo es que no existe Estado en el que, jurídicamente hablando, sea imposible destituir a un juez de la jerarquía que sea, por no haber cumplido con lo que de él usualmente se espera. En esa misma línea, tampoco se puede perder de vista la institución jurídica del “prevaricato” que, de hecho, funciona como un mecanismo para que los propios jueces se controlen entre ellos, tal como lo demuestra el caso del ex-juez Baltasar Garzón²⁴². Y, desde luego, los miembros de los tribunales de más alto rango jamás podrán descartar la posibilidad de ser objeto de un juicio político o *impeachment* que, aun cuando normalmente no se utiliza, es una herramienta que los poderes democráticos se reservan con el fin de separar de la magistratura a los jueces más “rebeldes”²⁴³.

Finalmente, aun cuando no son “contraintes” propiamente dichas, en el juego de los factores externos también debe considerarse las críticas de la “comunidad jurídica” (cualquier cosa que esto signifique) y, por supuesto, la reacción negativa que un “mal” fallo puede desencadenar en los legisladores, los medios de comunicación, los grupos de poder (organizaciones empresariales, sindicatos, iglesias, etc.) y la opinión pública en general. Ello es importante porque, primero, los jueces desean ser reconocidos y, de esta forma, ser influyentes (quieren que sus opiniones sean consideradas “precedente”) y, segundo, porque las críticas reiteradas y/o una opinión pública marcadamente adversa pueden ser decisivas para dar inicio a los procedimientos disciplinarios antes señalados²⁴⁴. Lo quieran aceptar o no, la experiencia empírica

careciendo habitualmente efectos sobre el Derecho, sino que también tiende a sobredimensionar la relevancia de la opinión mayoritaria. A los jueces tampoco les gustan las opiniones disidentes, y de ahí que la emisión de ese tipo de opiniones minen las buenas relaciones entre ellos. A los jueces no les gusta ni ser objeto de críticas, ni tener que molestarse en revisar el borrador de su voto para salvar así los posibles argumentos sólidos que hayan sido esgrimidos por el voto disidente, ni tampoco, y esa sería la peor situación, perder al tercer juez a favor del disidente” (Posner, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Op. Cit., p. 44).

²⁴⁰ En el Perú, por ejemplo, todos los jueces y fiscales de cualquier instancia deben ser “ratificados” en sus funciones, cada siete años, por el Consejo Nacional de la Magistratura. Los no ratificados, automáticamente, quedan separados de sus puestos e impedidos de reingresar al Poder Judicial o al Ministerio Público (Cfr. Artículo 154°, numeral 2, de la Constitución).

²⁴¹ Cfr. Posner, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Op. Cit., p. 159.

²⁴² Más adelante, en el punto 3.3.3, veremos el caso del ex-juez Baltasar Garzón.

²⁴³ En el Perú, por ejemplo, el Congreso de la República puede *suspender*, *inhabilitar* para el ejercicio de la función pública hasta por diez años o, incluso, *destituir* de su función, a los miembros del Tribunal Constitucional y a los vocales de la Corte Suprema, por “infracción de la Constitución” (Cfr. Artículos 99° y 100° de la Constitución).

²⁴⁴ Sin duda, un caso ejemplar de opinión pública, mediática y académica *adversa*, es el caso de los magistrados Horacio Piombo y Benjamín Sal Llargués del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Argentina. Según trascendió en la prensa, dichos jueces han tenido que renunciar a sus

sugiere que los jueces no son inmunes al cuestionamiento público de su idoneidad para el cargo y, mucho menos, a los comentarios negativos provenientes de los profesionales del Derecho y, especialmente, de la academia (si en algún espacio quieren ser respetados es, precisamente, en éste)²⁴⁵. De hecho, muchas veces los cuestionamientos provenientes de estos sectores han sido sumamente eficientes, a los efectos de conseguir que los propios jueces modifiquen sus líneas jurisprudenciales y, de esta forma, las adapten a lo que se considera como “aceptable”²⁴⁶.

3.2.2.3 Los factores internos al proceso de decisión judicial: los hechos del caso y las razones jurídicas, económicas, prudenciales y morales.

Así como el proceso de decisión judicial va a estar condicionado por los factores externos antes señalados, es obvio que también participarán una serie de elementos que, al formar parte de la misma “humanidad” del juzgador, dependerán única y exclusivamente de su propia voluntad. Son, pues, los factores internos al proceso de decisión judicial y, desde que el juez de la causa los controla, el grado de intensidad con el que intervendrán vendrá a ser una variable dependiente de su propia discrecionalidad. Y, precisamente entre estos, jugará un rol preponderante la regla de comportamiento *debido* “fallar conforme a Ley” pero, sobre todo, el nivel o grado de *adhesión normativa* que el juez hubiera desarrollado en relación con la misma (podría ser absoluto, como esperaría el legislador, pero también podría ser relativo o

funciones (para evitar ser sometidos a un juicio político ante el Senado de la provincia de Buenos Aires) y han sido cesados en todos los puestos académicos que ostentaban en diversas universidades, luego de la indignación social que se generó a raíz de un fallo en el que increíblemente le redujeron a la mitad la pena de prisión efectiva a un violador de niños, alegando surrealísticamente que el menor ultrajado era homosexual y, por tanto, estaba habituado al abuso [Cfr. http://www.clarin.com/sociedad/fallo_polemico-abuso-piombo-sal_llargues-condena_internacional_0_1369663036.html].

²⁴⁵ Cfr. Posner, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Op. Cit., pp. 164-166 y 229. En palabras de Thomas, “judges cannot escape comment or criticism. Their judgments will attract the evaluation of independent-minded and highly motivate lawyers and the critical appraisal of the academic community. A deviant decision is certain to be strongly criticized by counsel in later cases and robustly condemned by academic commentators in a prolific number of articles and case-notes” (Thomas, E.W. Op. Cit., p. 245)

²⁴⁶ Un buen ejemplo de “retroceso” judicial, motivado por la crítica implacable de diversos grupos de presión, lo podemos encontrar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano en materia de jornadas acumulativas o atípicas de trabajo en el sector minero de la economía. En un primer momento, mediante su Sentencia del 17 de abril de 2006, recaída en expediente N° 4635-2004-AA/TC, el TC peruano contundentemente sostuvo que “en el caso particular de los trabajadores mineros, la jornada razonable de trabajo no puede ser mayor de ocho horas diarias y debe considerar una jornada semanal razonable, atendiendo a las específicas condiciones laborales de los trabajadores mineros” (párr. 28); no obstante, en atención a las críticas que este fallo desató en los sectores mediáticos, profesionales y académicos vinculados a la patronal del sector minero, se vio en la necesidad de “aclarar” los alcances de su fallo y relativizar la que, en un principio, parecía ser una prohibición absoluta: “Que si bien la primera parte del fundamento 28 de la sentencia de autos constituye un límite para instaurar jornadas acumulativas, atípicas o concentradas para los trabajadores mineros, (...), debe precisarse que tal límite también está sujeto, a su vez, a límites. En ese sentido, la limitación para restringir las jornadas atípicas o acumulativas deberá cumplir, copulativamente, las siguientes condiciones, (...): a) La evaluación caso por caso, teniendo en cuenta las características del centro minero; (...). b) Si la empleadora cumple, o no, con las condiciones de seguridad laboral necesarias para el tipo de actividad minera. c) Si la empleadora otorga, o no, adecuadas garantías para la protección del derecho a la salud y adecuada alimentación para resistir jornadas mayores a la ordinaria. d) Si la empleadora otorga, o no, descansos adecuados durante la jornada diaria superior a la jornada ordinaria, compatibles con el esfuerzo físico desplegado. e) Si la empleadora otorga, o no, el tratamiento especial que demanda el trabajo nocturno, esto es, menor jornada a la diurna” (Resolución de Aclaración del 11 de mayo de 2006, Exp. N° 4635-2004-AA/TC, párr. 15).

condicionado a la satisfacción de ciertos principios o valores morales, como esperaríamos todos nosotros). Pero, vayamos despacio y preguntémonos: ¿cuáles son los factores internos al proceso de decisión judicial?

a) Los hechos del caso y la exigencia de sinceridad.

El primero que salta a la vista, sin duda alguna, es el insumo *empírico* de la controversia, es decir, los *hechos* del caso. Aun cuando se podría afirmar que los hechos son objetivos o, lo que es lo mismo, que no dependen en absoluto de la discreción del juez (desde esta perspectiva, el juez los descubre y no los crea), no es menos cierto que este último –como se dijo en el punto 1.2– tiene plena libertad para decidir qué datos fácticos están probados (el principio de libre valoración de la prueba se lo garantiza) y, sobre todo, cuáles son los hechos relevantes para la resolución de la controversia (es decir, qué debe ser probado). Es en ese sentido, pues, que se puede afirmar que los hechos de la controversia dependen completamente de la voluntad del juez.

Efectivamente, no estoy sosteniendo que los hechos no existen *antes de* ser identificados por el juez (sí es posible, en el plano epistemológico, “conocer y dar cuenta del mundo externo y de lo que en él acontece”²⁴⁷), ni que son una especie de “ilusión” dependiente de las percepciones subjetivas del juzgador (aunque estas últimas sí juegan un papel muy importante en la reconstrucción de los hechos²⁴⁸). Simplemente estoy resaltando aquello que cualquier abogado litigante suscribiría: los hechos que tienen valor dentro del proceso judicial, para bien o para mal, son solamente aquellos que el juez considera *probados* en relación con los problemas fácticos que él considera deben ser resueltos. Desde luego, puede equivocarse (y ello presupone aceptar que los hechos existen con independencia de las valoraciones de los jueces)²⁴⁹. Y es que, como dice Recaséns, “la prueba de los hechos no puede jamás expresarse como un simple enunciado. Por el contrario, es siempre y necesariamente una valoración, un juicio estimativo. El juez debe apreciar en cada caso concreto el valor de persuasión de los medios de prueba empleados por las partes”²⁵⁰. En tal sentido, desde que lo importante no es la descripción de los hechos

²⁴⁷ Laporta, Francisco. “Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas”. Op. Cit., p. 79.

²⁴⁸ Como explica Jerome Frank: “it has been little observed that, while the witness is in this sense a judge, the judge, in a like sense, is a witness. He must determine what are the facts of the case from what he sees and hears; that is, from the words and gestures and other conduct of the witnesses. And like those who are testifying before him, the judge’s determination of the facts is no mechanical act. (...). His beliefs as to what was said by the witnesses and with what truthfulness the witnesses said it, will determine what he believes to be the “facts of the case”. If his final decision is based upon a hunch and that hunch is a function of the “facts”, then of course what, as a fallible witness of what went on in his courtroom, he believes to be the “facts”, will often be of controlling importance” (Frank, Jerome. *Law and the modern mind*. Op. Cit., pp. 118-119).

²⁴⁹ Sobre la posibilidad del error judicial en el establecimiento de los hechos, Cfr. Malem Seña, Jorge F. “El error judicial”. En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Jorge F. Malem Seña, F. Javier Ezquiaga Ganuzas y Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 17-24.

²⁵⁰ Recaséns Siches, Luís. *Introducción al estudio del Derecho*. Op. Cit., p. 200.

que las partes hagan (esto es, cómo supuestamente habría sucedido el caso en cuestión), sino cómo el juez valora las instrumentales que los probarían (y, por tanto, cuál es la narración que él construye), se puede sostener que el establecimiento del insumo empírico para la resolución de la controversia, es un factor interno al proceso de decisión judicial²⁵¹.

Por supuesto, que el establecimiento de los hechos probados sea una variable totalmente dependiente de la voluntad del juzgador, no quiere decir que no esté sujeto a la exigencia de “sinceridad” propia del razonamiento práctico. Por este principio, de acuerdo con Alexy, solamente se puede afirmar aquello en lo que se cree y, por tanto, no será correcto basar un argumento (o una resolución judicial), no en datos meramente erróneos pero en los que sinceramente se cree, sino en hechos conscientemente falsificados (aun cuando no se cree en ellos, se presentan como reales)²⁵². Este sería, por ejemplo, el caso de las “ficciones” que, a decir de Atienza, son supuestos en los que el juez de la causa afirma que se produjo –o no se produjo– un supuesto de hecho determinado, a pesar de que se sabe que no es así, con el objeto de evitar –o, por el contrario, conseguir– la aplicación de una consecuencia jurídica específica²⁵³. La posibilidad de que se recurra a las ficciones, no sólo confirma que los hechos de la controversia dependen completamente de la voluntad del juez, sino sobre todo que optar por alguna de las opciones menos colaborativas (la colaboración-crítica y la competencia) dependerá, en última instancia, de que tan “sincero” sea el juez en relación con los hechos del caso. Y es que, tal como se desprende de los casos trabajados en el punto 2.4, el juzgador podría evitarse incurrir en los “costos” de tener que “corregir” o “competir” con el legislador (como veremos más adelante), simplemente falseando la información relevante aunque, de hacerlo así, me parece que estaría maximizando sus preferencias egoístas (la ociosidad), en desmedro de las altruistas (resolver realmente la controversia). Ser sincero, como se verá más adelante, es indispensable para fijar la zona de razonabilidad judicial.

²⁵¹ Como dice Thomas, “the facts do not often leap up to greet the judge. They must be probed, discerned, extracted and weighed from a mass of evidence, at times poorly organized. This inquiry is also part of a discretionary process in that the judge exercises a choice of facts to accept or reject. Notwithstanding the objective of seeking to find the facts so that they accord as closely as possible with the true facts, whatever they might be, the exercise of choice is inevitable” (Thomas, E.W. Op. Cit., pp. 122-123).

²⁵² De acuerdo con Robert Alexy, una de las “reglas fundamentales” del “discurso práctico general” es aquella que estipula que “Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree”; regla que, tal como subraya, “asegura la sinceridad de la discusión”. Según su lógica, es fundamental porque “es constitutiva para toda comunicación lingüística”, desde que sin ella “no sería posible ni siquiera mentir, pues si no se presupone ninguna regla que exija sinceridad, no es concebible el engaño” (Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 185 y 186).

²⁵³ Cfr. Atienza, Manuel. “Sobre lo razonable en el Derecho”. Op. Cit., p. 95. No sucede lo mismo, en cambio, con el uso de las “presunciones” que, como explica Schauer, tan sólo “especifican qué hechos van a tomarse por verdaderos si la parte con la carga de la prueba no satisface esa carga y, por eso, prevalece la presunción. También especifican qué hechos adicionales se tienen por probados cuando una de las partes prueba un hecho particular” (Schauer, Frederick. Op. Cit., p. 228). No plantean ningún problema en relación con el principio de sinceridad porque, al utilizarlas, el juez no falsea información o afirma algo en lo que no cree. Simplemente, considera probado aquello que no se logró refutar y, por tanto, cuando construye un argumento basado en una “presunción” lo está haciendo sobre algo que realmente cree que sí se produjo. Las presunciones, pues, son mecanismos de probanza.

b) Las razones jurídicas y los costos de la decisión.

Como se dijo en el punto 2.3, por la dinámica propia del contemporáneo “Juego de Gobernar”, los textos normativos operan como razones *primeras* para la decisión judicial. Ello es así porque, recordemos brevemente, los jueces siempre buscan la solución para el caso que están conociendo *en primer término* en los estándares generales establecidos de antemano en el marco del juego de legislar (a eso los lleva, como decía Ross, su “conciencia jurídica formal”). Esto quiere decir, entonces, que el proceso de decisión judicial empieza con lo que Joseph Raz denomina como razonamiento *acerca del* Derecho, esto es, con el “razonamiento acerca de cuál es el derecho, o acerca de cómo deben resolverse las controversias jurídicas según el derecho”²⁵⁴. Siendo sumamente esquemático, se podría decir que el primer momento del razonamiento jurídico del juez consiste en “identificar” los textos normativos que, de conformidad con el sistema de “fuentes” existente, entiende que debe aplicar para resolver la controversia²⁵⁵. Su primer paso es, pues, fijar el material jurídico con el cual afrontará los hechos del caso.

Pues bien, si ello es así, otro factor interno, y muy importante, será la forma que para el juzgador adopta el estándar positivo general que desea utilizar como insumo principal para la resolución del caso particular que está en sus manos. Y es que, desde su perspectiva (y por eso es un factor interno), no será lo mismo optar por trabajar con estándares que considera son “reglas”, que hacerlo con aquellos que entiende son “principios”. No voy a desarrollar los pormenores de dicha distinción, ni las diferentes posiciones en torno a la misma (me remito a lo ya dicho en el punto 2.2 de la primera parte). Tan sólo me quiero centrar en la razón que puede llevar a un juez a estar predispuesto –o no– a operar sólo con reglas, sólo con principios o, eventualmente, con ambos. Y es que, desde que no existe, ni puede existir, un estándar positivo general que le indique cuándo debe trabajar con unas y cuándo con otros, mi impresión es que el razonamiento jurídico *acerca del* Derecho (es decir, el dirigido a establecer los insumos o razones jurídicas a ser utilizadas para resolver la controversia), también constituye un acto discrecional fuerte. No obstante, esto no quiere decir que dicha decisión sea completamente “libre”. Y es que, es en ese momento, en que entran a tallar los denominados “costes de la decisión”.

²⁵⁴ Raz, Joseph. *La ética en el ámbito público*. Traducción de María Luz Melon. Barcelona: Gedisa, 2001, p. 350. Como se verá en un momento, si bien el razonamiento jurídico *acerca del* Derecho excluye el razonamiento moral (porque el Derecho se identifica a partir de la idea de autoridad), el mismo Raz aceptará que en la etapa posterior, la del razonamiento jurídico *según el* Derecho, las razones de tipo moral serán las determinantes.

²⁵⁵ Cfr. Prieto Sanchís, Luís. “Sobre la identificación del Derecho a través de la Moral (A propósito de “Tomates, hongos y significado jurídico”, de José Juan Moreso)”. En: *Los desacuerdos en el Derecho*. Op. Cit., pp. 91-92

Efectivamente, se puede presumir que los propios jueces saben que las reglas y los principios operan –o pretenden operar– de diferente manera en su razonamiento práctico. Han sido Atienza y Ruiz Manero quienes, basándose en la concepción de las normas jurídicas como razones para la acción, han sostenido que las reglas, en relación con los jueces (y en general frente a toda autoridad normativa), operan como “razones perentorias” o “protegidas”; es decir, como razones para actuar en un determinado sentido (“razones de primer orden”) y, sobre todo, como razones para abstenerse de actuar según otro tipo de razones (son, pues, “razones de segundo orden *excluyentes*”)²⁵⁶. Por su parte, siempre según Atienza y Ruiz Manero, los principios funcionan en el razonamiento judicial, sí como razones para actuar en un determinado sentido (son razones de primer orden también) pero, a diferencia de las reglas, son “no excluyentes” frente a posibles consideraciones de signo opuesto; esto es, no son razones perentorias o protegidas²⁵⁷. Pues bien, si lo apuntado por dichos autores es correcto, entonces resulta que el razonamiento judicial *acerca del* Derecho estará condicionado por los “costes” de trabajar con unas u otras.

Para entender este planteamiento, en mi opinión, es necesario revisar brevemente lo que dijo Raz en relación con los órganos primarios aplicadores de normas jurídicas (típicamente, los órganos jurisdiccionales). Para este autor, al ser instituciones autorizadas para resolver disputas sobre la base de normas pre-existentes²⁵⁸, están vinculados a hacerlo tomando solamente en cuenta un tipo de razones válidas: las que ofrece el propio Derecho (es por eso que, su primer paso, es el razonamiento *acerca del* Derecho). ¿Podría haber otro tipo de razones? Sin duda, pero el rasgo característico de los órganos primarios es que “deben actuar sobre la base de razones con exclusión de todas las demás, es decir, [son] instituciones que están sujetas a una razón excluyente para no actuar sobre la base de ciertas razones”²⁵⁹. ¿Y cuál es esa razón excluyente? Simplemente, aquella que les dice que deben juzgar a los individuos sobre la base de las normas jurídicas y con *exclusión* de cualquier otra posible consideración en conflicto²⁶⁰. Es por ello que, en su opinión, “el juez (...) considera a la vez su juicio como basado en una apreciación parcial de las razones válidas [sólo toma en cuenta las razones jurídicas] y como justificatorio de su acción. Esto significa que se considera a sí mismo justificado al actuar sobre la base de algunas razones con exclusión de otras”²⁶¹.

²⁵⁶ Cfr.: (i) Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 2005, 3º ed., pp. 34-35; y, de los mismos autores: “Sobre principios y reglas”. En: DOXA, N° 10, 1991, p. 111.

²⁵⁷ Cfr.: (i) Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Op. Cit., p. 36; y, de los mismos autores, “Sobre principios y reglas”. Op. Cit., p. 112.

²⁵⁸ Cfr. Raz, Joseph. *Razón práctica y normas*. Op. Cit., pp. 155-158. Sobre los diferentes tipos de razones que, según Raz, actúan en el razonamiento práctico en general, Cfr. Atienza, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. Op. Cit., pp. 279-280.

²⁵⁹ Raz, Joseph. *Razón práctica y normas*. Op. Cit., p. 164.

²⁶⁰ Cfr. Raz, Joseph. *Razón práctica y normas*. Op. Cit., p. 166.

²⁶¹ Raz, Joseph. *Razón práctica y normas*. Op. Cit., p. 165.

Dicho esto, lo que están queriendo decir Atienza y Ruiz Manero es que el Derecho contiene “razones jurídicas excluyentes” (las reglas) y “razones jurídicas no excluyentes” (los principios) y, por tanto, que solamente las normas que adoptan la forma de “reglas”, por sí mismas, justifican una determinada decisión judicial. Ello sería así porque, a diferencia de los principios, solamente ellas operan como “razones perentorias” en el razonamiento de los jueces (razones excluyentes para la acción). De esta forma, si un juez considera que el caso que está en sus manos calza en el supuesto de hecho de una regla, tendrá no sólo una razón para declarar fundada o infundada la demanda (básicamente, una razón de autoridad del tipo “porque lo dice la regla”) sino, sobre todo, una razón para abstenerse de buscar otro tipo de razones que apoyen su fallo final. Bastará, para él, con invocar la regla construida a partir del texto normativo interpretado para presentar su resolución como justificada²⁶². No sucedería lo mismo con los principios que, al ser “razones jurídicas no perentorias”, sí le ofrecerían a los jueces razones para decidirse en un sentido o en otro pero, al no ser excluyentes, no les bastaría con apoyarse sólo en los mismos para presentar su fallo como justificado (no sería suficiente con sostener “porque lo dice el principio”). Necesariamente, tendrán que evaluar todas las demás razones jurídicas no perentorias que estén involucradas (es decir, los otros principios en disputa) y, luego de hacer un ejercicio de deliberación, deberán explicar por qué una de ellas prevalece sobre las otras. Solamente después de realizar semejante esfuerzo argumentativo, podrán presentar su fallo como justificado²⁶³.

De lo señalado hasta ahora se desprende que, desde la perspectiva del juzgador, optar por “plegarse al estándar” será la alternativa más sencilla —o menos costosa— siempre que, a sus ojos, adopte la forma de “regla”. Y no sólo porque nadie espera que justifique una decisión basada en una razón jurídica que se presenta como excluyente, sino sobre todo porque habrá una razón de tipo “económico” para actuar de ese modo. Piénsese en lo siguiente: si, desde la perspectiva del juez, ya hay una razón jurídica excluyente que resuelve el conflicto y, por tanto, está estandarizada de antemano una solución para el mismo (sería un problema tipo), ¿qué sentido tiene volver a recabar, depurar y procesar información con ese fin?, ¿no sería una pérdida de tiempo y, sobre todo, de recursos?, ¿lo menos costoso no sería adherirse a la solución genérica prevista por el legislador? Laporta, claramente, entiende que sí. Y es que, para dicho autor, “(...), no podemos dedicar el máximo tiempo y esfuerzo a cada decisión, y forzar muchas decisiones en un molde predeterminado puede ser una colocación eficiente de los escasos recursos decisorios en un mundo en el que algunas decisiones son sencillamente más importantes que otras”²⁶⁴. En tal sentido, siguiendo a Posner, se puede decir que los jueces en general estarán fuertemente motivados a plegarse a los textos normativos (las razones jurídicas) que, desde su

²⁶² Cfr. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. “Sobre principios y reglas”. Op. Cit., p. 115.

²⁶³ Cfr. Ibid., pp. 116-118. Asimismo, Cfr. Atienza, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Op. Cit., p. 281.

²⁶⁴ Laporta, Francisco. *El imperio de la Ley: una visión actual*. Op. Cit., p. 122.

punto de vista, tienen la forma de reglas (incluyendo, los precedentes), porque quieren limitar su carga de trabajo reduciendo la cantidad de análisis nuevos que, de no hacerlo, tendrían que llevar a cabo. Plegarse al estándar fijado por una regla, para ellos, supone un claro beneficio de ahorro de tiempo y de esfuerzo²⁶⁵.

Por el contrario, siguiendo esta misma lógica, estarán fuertemente desincentivados a concluir que deben trabajar con “principios” (en su razonamiento *acerca del Derecho*) porque, desde la perspectiva de los costes, les trasladan a ellos todo el esfuerzo argumentativo necesario para determinar cuál es el sentido de la solución para el caso que están evaluando (no les ahorran ni tiempo ni esfuerzo)²⁶⁶. No obstante, no se debe perder de vista que operar sólo con “reglas” tiene un precio: los legisladores, para emitir una solución, primero tienen que estandarizar un caso-tipo y, al hacerlo, necesariamente excluirán ciertos datos que, en el futuro, pueden ser relevantes para la consecución de su propósito. Ello es así porque, por definición, las reglas limitan el abanico de hechos admisibles en un proceso judicial (sólo importa la información que está materializada en su supuesto de hecho)²⁶⁷. Y no sólo eso, muchas veces sus propósitos responden a juicios de oportunidad o a acuerdos entre diferentes fuerzas políticas que, normalmente, prescinden de cualquier consideración de tipo Moral. De esta forma, el juez que esté *predispuesto* a plegarse siempre a las “reglas” (o, lo que es lo mismo, a que el resultado de su razonamiento *acerca del Derecho* siempre concluya en que sólo debe utilizar reglas), lo hará al precio de dejar pasar, por ejemplo, la posible presencia de experiencias recalcitrantes por infra-inclusión o supra-inclusión o, peor aún, de lagunas axiológicas internas o externas. Y si obrara siempre de esa manera, claramente estaría yendo en contra de lo que le indican sus preferencias altruistas. Sería muy alto, pues, el costo de no considerar nunca la posibilidad de colaborar-críticamente con los propósitos del legislador o, incluso, de competir con las malas soluciones ofrecidas por éste. Tomar en consideración los costos de la decisión, a mi modo de ver, implica evaluar también el precio que se paga en términos altruistas.

Desde luego, re-estandarizar o dejar de lado una regla tiene también un precio: ofrecer razones que permitan no plegarse sin más a una “razón perentoria”; es decir, habrá que “derrotar” una razón excluyente para la acción. Es en este punto, por ejemplo, en el que cobra vigor la objeción de Laporta a la posibilidad de dejar de lado el texto de la Ley en función de su justificación subyacente (su propósito). Para este autor, las

²⁶⁵ Cfr. Posner, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Op. Cit., pp. 164-165.

²⁶⁶ Cfr. Laporta, Francisco. *El imperio de la Ley: una visión actual*. Op. Cit., p. 69. Desde luego, Laporta se opone a la presencia de los principios en nuestros Derechos, desde que “su formulación lingüística es muy general y abstracta, muy abierta, con frecuencia vaga, [... y, además,...] no son concluyentes como premisas del razonamiento jurídico [...razón por la cual...] erigen al juez como principal protagonista de la solución jurídica de los casos”. Es por ello que dirá: “a nadie le extrañará (...) que se pueda afirmar que, desde el punto de vista de la certeza y la predecibilidad de las relaciones jurídicas, estamos en el peor de los mundos posibles” (Laporta, Francisco. “Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas”. Op. Cit., pp. 69-70).

²⁶⁷ Cfr. Posner, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Op. Cit., pp. 200-201. Como se verá en el punto 4, es esa deficiencia estructural de las reglas, producto de su generalización, la que lleva a la “equidad”.

reglas son generalizaciones, sí, pero el sentido de establecer reglas es precisamente proteger o blindar esa generalización manifestada en su formulación escrita. A este vínculo entre generalización y regla le denomina, siguiendo a Schauer, “atrincheramiento de la generalización” y, desde su perspectiva, con esa noción se transmite la idea de que “cuando estamos en presencia de una regla la generalización que habita la formulación de la regla tiene como función *resistir* a ese paso hacia la justificación subyacente” (la cursiva es del autor)²⁶⁸. Para Laporta, pues, la propia existencia de las reglas excluye la posibilidad de la colaboración-crítica con el legislador. Y es que, a su juicio, “si la traducción de la justificación subyacente en una formulación concreta en forma de regla no estableciese algún tipo de diferencia entre la justificación y el texto de la regla, entonces sobraría la formulación de las reglas. Bastaría con enunciar la justificación subyacente para que quien tuviera que tomar la decisión supiera cómo hacerlo. Las reglas serían sólo una pobre y limitada imagen de una posible aplicación de la justificación subyacente”²⁶⁹. Siguiendo esta lógica, si las reglas existen es precisamente para bloquear el pase a su justificación subyacente y, de esta forma, para atenerse en su aplicación a la generalización contenida en las mismas. Podrán existir “experiencias recalitrantes” pero, para Laporta, eso no justifica dejar de lado la formulación escrita de los textos normativos.

Y, si así de “costosa” se presenta la re-estandarización, más lo será optar por “dejar de lado” el estándar y “fijar uno nuevo”. Nótese que en el supuesto de la “colaboración-crítica” todavía se podría argumentar que lo que está protegido como razón perentoria es el propósito de la regla y no su formulación normativa²⁷⁰, pero en el caso de la “competencia” este argumento es inaplicable porque, precisamente, lo que se rechaza es la pertinencia de la razón subyacente que justifica la regla para la resolución del caso de autos. ¿Cómo podría, pues, justificarse una actuación de este tipo?, ¿apelando a principios positivizados o morales? No se debe olvidar que, en la lógica de Raz, en caso de conflicto entre una razón de primer orden para actuar (como los principios) y una razón de segundo orden que la excluye (como las reglas), prevalecerá la segunda porque es una razón de un orden más alto, a menos que se ofrezcan “razones auxiliares” para “cancelar” la razón excluyente o, al menos,

²⁶⁸ Laporta, Francisco. *El imperio de la Ley: una visión actual*. Op. Cit., p. 143.

²⁶⁹ Laporta, Francisco. *El imperio de la Ley: una visión actual*. Op. Cit., p. 143.

²⁷⁰ Desde luego, siempre estará presente la pregunta cuál es la intención o el propósito protegido como razón perentoria: lo que el legislador quiso decir al utilizar el texto que utilizó (el originalismo semántico) o las consecuencias que esperaba que tuviera lo que realmente dijo (el originalismo de la expectativa) (Cfr. Dworkin, Ronald. *La justicia con toga*. Op. Cit., pp. 141-143). Para Moreso, que en este aspecto coincide con Dworkin, “si los legisladores usaron expresiones concretas o el contexto muestra que las presuponían, entonces el texto debe interpretarse de dicho modo” y, por tanto, “esta es la deferencia que sí debemos a las intenciones de las autoridades legislativas. Lo que no les debemos es deferencia a los resultados que ellos esperaban alcanzar con esta regulación” (Moreso, José Juan. “Tomates, hongos y significado jurídico”. En: *Los desacuerdos en el Derecho*. Op. Cit., pp. 43-44). En ese sentido, se puede decir siguiendo a Moreso que el “atrincheramiento de la generalización” cede en aquellos casos en los que hay razones para pensar que hay un desajuste entre lo que se quiso decir (el propósito justificativo de la regla) y lo que realmente se dijo (el texto de la regla). Aunque, claro, siempre habrá que demostrar dicho desajuste.

“modificar” sus alcances (es decir, las razones de primer orden que excluye)²⁷¹. En tal sentido, si bien es cierto que los principios jugarán un rol preponderante en la “cancelación” o “modificación” de la reglas como razones excluyentes (toda la teoría de la ponderación presupone eso), el juez que opte por la vía competitiva tendrá que demostrar *por qué* (si quiere que su fallo esté justificado claro está). Pero eso es algo que veremos más adelante (en el acápite 4). Basta con señalar, por ahora, que el costo de hacerlo será también elevado pero, y esto es importante, no necesariamente más elevado que no hacerlo y plegarse sin más al estándar.

c) Razones prudenciales.

Se acaba de explicar que los jueces, al momento de fijar el material jurídico que les servirá de insumo (el razonamiento *acerca del* Derecho), previsiblemente tendrán en cuenta los costes de trabajar con reglas o con principios, de forma que por lo general estarán fuertemente incentivados a operar sólo con las primeras en desmedro de los segundos (normalmente resultará más “barato” trabajar con razones “excluyentes” que hacerlo con aquellas que son “no concluyentes”). Pues bien, asumiendo que ya establecieron cuál es el Derecho aplicable para el caso de autos, ¿quiere esto decir que se debe dar por descontada su adhesión incondicional a los estándares generales elegidos? Si el razonamiento jurídico terminara en ese momento, sin duda que la respuesta sería afirmativa. No obstante, tal como el mismo Raz explicó en su oportunidad, a continuación aparece el denominado “razonamiento jurídico *según el* Derecho”, esto es, aquél dirigido a determinar no lo que debería hacerse de conformidad con los textos normativos, sino “lo que debería hacerse teniendo todos los factores en cuenta”²⁷²; razonamiento que, eventualmente, podría indicarle a los jueces que “deberían fallar (...) en sentido contrario a lo que establece el derecho, y no de acuerdo con éste”²⁷³. Si esto es correcto, como creo que lo es, entonces no se puede asumir que luego de establecido el insumo jurídico, la actitud habitual de los jueces será “plegarse al estándar”. Y es que, a partir de ese instante, comenzarán a operar otros factores internos, tales como los “prudenciales” y “morales”.

Efectivamente, es empíricamente posible que la adhesión incondicional a un estándar positivo general esté fundado exclusivamente en razones de tipo prudencial. Mucho se ha escrito sobre la necesaria *adhesión* de los jueces a las reglas de un sistema normativo cualquiera para que realmente funcione (o exista). Como señala Raz, para asegurar la normatividad del Derecho “es necesario que los tribunales sigan el Derecho” o, lo que es lo mismo, que “cuando actúan como jueces, actúen (...) de acuerdo con el punto de vista jurídico”²⁷⁴. No obstante, nada impide que ese compromiso esté basado, no en razones morales, sino en puramente prudenciales;

²⁷¹ Cfr. Raz, Joseph. *Razón práctica y normas*. Op. Cit., pp. 51-53.

²⁷² Raz, Joseph. *La ética en el ámbito público*. Op. Cit., p. 355.

²⁷³ Ibid., p. 350.

²⁷⁴ Raz, Joseph. *Razón práctica y normas*. Op. Cit., pp. 199-200.

esto es, en la necesidad de alcanzar ciertos fines personales del propio juzgador (maximizar sus preferencias egoístas) o, en palabras del propio Raz, como la “mejor manera de asegurarse una vida confortable o de evitar una situación social difícil”²⁷⁵. Supongamos, por ejemplo, que los jueces de las instancias más bajas tienen como objetivo alcanzar las superiores —o, incluso, llegar a la más alta— y, asumamos también, que saben que mostrarse como un “colaborador incondicional” les da mayores opciones de ser promovidos o, en el peor de los casos, de no ser postergados o, incluso, cesados. Si, como señala Bayón, “la prudencia se concibe como maximización de la utilidad de un individuo (entendiendo por tal la satisfacción global de su plan de vida)”²⁷⁶, es perfectamente posible que siendo conscientes de su poder para transformar los textos normativos en las normas jurídicas que quiere el legislador, efectivamente lo hagan no porque entiendan que es su “deber” hacerlo sino porque, simplemente, redundaría en su beneficio actuar de esa manera (incrementando sus posibilidades de ascenso o reduciendo la posibilidad de sufrir alguna medida correctiva).

No obstante, las razones prudenciales también los podrían llevar a optar por las opciones menos colaborativas. Y es que, actualmente, ningún juez quiere ser visto (o tachado) de “formalista” o “textualista”. Es decir, podría ir en contra de su propio interés egoísta de obtener “fama” ante la opinión pública y, sobre todo, de ser “reconocido” en los círculos académicos como un “buen juez”, si es que muestra una actitud obsecuente de sometimiento a la formulación escrita de los textos normativos producidos por el legislador ordinario²⁷⁷. Ello es así porque, en el marco de los actuales Estados constitucionales de Derecho, está completamente asentada la idea que presenta a la Constitución no como un mero programa político sujeto a la total discrecionalidad del legislador ordinario, sino como una real norma jurídica, la más importante de todas, la que está en la cúspide de los sistemas jurídicos y que, por lo mismo, se impone a todos los poderes públicos, incluyendo a los jueces, exigiéndoles que velen por su cumplimiento en el ejercicio de sus funciones, especialmente de su parte material, esto es, de los derechos fundamentales que las mismas contienen y

²⁷⁵ Raz, Joseph. *Razón práctica y normas*. Op. Cit., p. 170.

²⁷⁶ Bayón Mohino, Juan Carlos. *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991, p. 128.

²⁷⁷ No obstante, para Laporta, esa es la conducta que debe mostrar un juez que sea respetuoso del “imperio de la ley”. En sus palabras: “El ideal regulativo del imperio de la ley fuerza a los procesos de interpretación y aplicación del derecho a ser formalistas. (...). Someterse a la letra de la ley, al significado propio de las palabras de la ley, es algo implícito en ese ideal” (Laporta, Francisco. *El imperio de la Ley: una visión actual*. Op. Cit., p. 191). Por lo demás, para Laporta no sólo es que los jueces *deben ser* formalistas, también les *convendría* serlo: “la apuesta por el formalismo interpretativo puede presentarse (...), como el producto de una opción estratégica de naturaleza prudencial: ser formalista y atenerse a la letra de la ley produce casualmente mejores consecuencias que cualquier otra estrategia. Por ello, (...), los tribunales harían bien en adoptar un criterio de segundo orden, una meta-decisión, que les inclinara a decidir los casos así: basándose en reglas mejor que en estándares, apegándose al significado más evidente de los textos legales y poniendo el énfasis en valores como la certeza jurídica y la adhesión al entendimiento usual de los mandatos legales y constitucionales. (...). Esta opción en favor de una actitud de lealtad a las reglas y a su sentido literal tiene además, (...), menos efectos sistémicos negativos, tales como el aumento de los costes de decisión, la probabilidad de incoherencias entre jueces y tribunales, y las incertidumbres sobre los efectos reactivos a la decisión por parte de otras agencias” (Laporta, Francisco. “Certeza y predecibilidad en las relaciones jurídicas”. Op. Cit., pp. 90-91).

garantizan²⁷⁸. Hoy por hoy, pues, el modelo de juez “boca muda de la Ley”, propio del formalismo jurídico, está muy mal visto y, al calor del llamado neo-constitucionalismo, ha sido reemplazo por el modelo “garantista” que, para bien o para mal, ha sido asumido por la gran mayoría de las Cortes Constitucionales de los actuales Estados constitucionales de Derecho²⁷⁹. Si ello es así, aun cuando el juez pudiera no adherirse a estos ideales (por ser completamente indiferente o, incluso, contrario), por meras razones prudenciales podría estar también fuertemente incentivado a actuar como un controlador exigente de la constitucionalidad de la actuación de los otros poderes públicos, incluyendo la del legislativo: reduciría considerablemente la posibilidad de que sus fallos sean revocados en la instancias superiores y, sobre todo, de que sean criticados por la comunidad jurídica y/o los círculos académicos. Después de todo, es lo que en las actuales circunstancias se espera de él.

d) Razones morales.

Desde luego, no se puede descartar la presencia de razones de índole Moral (además de las prudenciales) que *expliquen* la adhesión del juez a un estándar positivo general determinado, en un doble sentido: ya sea porque comulga con el contenido del mandato legislativo (comparte moralmente el estándar), ya sea porque a pesar de no comulgar con el mismo (está moralmente en contra), entiende que su *deber* es obedecer al legislador *de todos modos* (sean cuales sean sus disposiciones). Sea como fuere, es evidente que la adhesión –o no– a los textos normativos identificados por medio del razonamiento *acerca del* Derecho (que no se debe dar nunca por descontada), también se podría *explicar* por la presencia de consideraciones morales (y no sólo prudenciales)²⁸⁰. Y es que, como puso de manifiesto el propio Joseph Raz, el razonamiento *según el* Derecho (el dirigido a determinar qué se debería hacer teniendo todos los factores en cuenta y no sólo los jurídicos), “puede decirse que es la

²⁷⁸ Siguiendo a Comanducci, se puede decir que la idea de Constitución actualmente vigente y extendida es la del “modelo axiológico de la constitución como norma” que, como explica dicho autor, concibe a la Constitución como un documento normativo con ciertas características, tales como las de supremacía jerárquica, contenido básicamente principalista, vínculo a la vez genético y restrictivo con la democracia, conexión o puente entre Derecho y Moral, aplicación por ponderación, etc. (Cfr. Comanducci, Paolo. “Modelos e interpretación de la Constitución”. Traducción de Manuel Ferrer Muñoz revisada por Rafael Escudero. En: *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*. Isabel Lifante Vidal (editora). Lima: Palestra, 2010, pp. 113-115).

²⁷⁹ Cfr. Punto 2.3.1 del segundo capítulo.

²⁸⁰ Es conveniente resaltar que, el objetivo de este acápite, no es estudiar si se debería –o no– conceptualizar el Derecho recurriendo a consideraciones de índole Moral. De hecho, esta investigación parte de la premisa metodológica de que los “juicios de hecho” sobre la existencia empírica del Derecho, son sustancialmente diferentes a los “juicios de valor” sobre sus cualidades morales y, sobre esa base, de que la identificación o conceptualización del Derecho debe –y puede– prescindir completamente de los segundos (esto es, de cualquier juicio de valor). Tampoco se va a discutir si el Derecho positivo contemporáneo incluye –o no– llamados a la Moral (o, en todo caso, si debería incluirlos o, peor aún, si podría incluirlos). Lo único que se hará en este ítem es poner de manifiesto que, desde el punto de vista del propio juez (y por eso es otro factor interno), podrían presentarse poderosas razones morales para plegarse sin más a los estándares positivos generales o, por el contrario, para alejarse completamente de los mismos. Si de este dato se desprende alguna clase de conexión necesaria entre Derecho y Moral, es un asunto que no se discutirá acá.

aplicación de consideraciones morales” o, lo que es lo mismo, que “consiste a menudo en el razonamiento moral directo”²⁸¹.

Ello es así porque, nuevamente según Raz, el razonamiento jurídico de los jueces normalmente presupone ir más allá que simplemente fijar el Derecho aplicable (el razonamiento *acerca del* Derecho). Y es que siempre cabe “la posibilidad de que los tribunales reciban del derecho instrucciones moralmente inaceptables”, de forma que podrían concluir que “lo que debería hacerse –teniendo en cuenta todos los factores – puede muy bien ser lo contrario a lo que debería hacerse según el Derecho”²⁸². No se debe olvidar que “los tribunales están integrados por personas que sólo actúan de maneras que perciben como valiosas” y, como tal, “los principios de jurisdicción no resultarán viables, no serán cumplidos por los tribunales, a menos que puedan considerarse razonablemente como moralmente aceptables, aunque esta idea sea errónea”²⁸³. Desde luego, como se dijo, esas razones morales –en el plano descriptivo– podrían ser de dos tipos: o bien “formales” o basadas en la creencia en un deber incondicional de obedecer las razones jurídicas, o bien “materiales” o sustentadas en la valoración positiva del contenido normativo del estándar positivo general. Y las consecuencias de esto no son menores: si los jueces operan sólo sobre la base de las primeras, entonces jamás considerarán moralmente aceptable no plegarse sin más a los textos normativos identificados de conformidad con el razonamiento *acerca del* Derecho (a eso los llevaría siempre el razonamiento *según el* Derecho).

Efectivamente, si la adhesión moral del juez a las razones jurídicas se basa en asumir que tiene el deber de obedecerlas *de todos modos*, entonces será inadmisibles –para él– colaborar-críticamente o, peor aún, competir con cualquier solución previamente estandarizada por el legislador. Será un juez, en suma, que acepta los postulados del positivismo ideológico extremo que, como explica Dorado, asume que el deber moral de obedecer el Derecho es absoluto e incondicionado, en virtud de que su sola existencia asegura la realización de la llamada “justicia formal”, es decir, de la paz, la seguridad o el orden social²⁸⁴. Sin embargo, si la adhesión moral del juez se basa en que comparte el contenido material del estándar, entonces sí será posible –desde su punto de vista– que se niegue a colaborar obsecuentemente con el legislador. Para él, eventualmente sí podría estar justificado colaborar-críticamente con los textos normativos o, incluso, competir con las soluciones ofrecidas por los mismos. Ello sería así porque, a diferencia del juez obsecuente, suscribe la versión moderada del positivismo ideológico y, como tal, entiende que su deber moral de obedecer el Derecho es tan sólo *prima facie*; es decir, que está condicionado por la realización de

²⁸¹ Raz, Joseph. *La ética en el ámbito público*. Op. Cit., pp. 354-355.

²⁸² Ibid., p. 355.

²⁸³ Raz, Joseph. *La ética en el ámbito público*. Op. Cit. p. 356.

²⁸⁴ Cfr. Dorado Porras, Javier. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico: una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo*. Madrid: Dykinson, 2004, pp. 29-31.

los valores que conforman la llamada “justicia material” (la dignidad humana, la vida, la libertad, la igualdad, etc.)²⁸⁵.

Claramente, pues, la adhesión de los jueces a las razones jurídicas establecidas en la etapa del razonamiento *acerca del Derecho*, desde un punto de vista meramente *descriptivo interno*, podría estar sustentada en razones de índole moral. No obstante, desde que esa posible conducta se puede explicar también en términos prudenciales, me parece que la pregunta verdaderamente relevante, tal como señala Bayón, es si a pesar de admitir que no suscribe moralmente el contenido de los mandatos jurídicos elegidos, podría seguir presentando el fallo basado en los mismos como justificado de todos modos²⁸⁶. Esta pregunta es clave porque pone de manifiesto que toda decisión judicial, en el plano *justificativo*, inevitablemente descansará en último término en una razón de tipo moral. Es decir, como explica Bayón, aun cuando un juez podría adherirse por razones meramente prudenciales a un mandato jurídico (es decir, a un texto normativo), a los efectos de presentar su fallo como justificado ante las partes del proceso (y, en general, ante la sociedad), en última instancia, deberá recurrir a razones de índole moral. Y es que las razones prudenciales pueden *explicar* por qué utiliza el mandato jurídico para resolver la controversia, pero jamás podrán *justificar* por qué otra persona, que podría no compartir esas razones prudenciales, debería someterse al mismo²⁸⁷. Necesariamente, pues, tendrá que ofrecer razones morales que, precisamente, tienen a su favor el presentarse como universales.

Así, pues, desde esta perspectiva, cuando un juez le impone un deber jurídico a alguien le está diciendo que, en último término, lo está haciendo porque, o bien todo mandato jurídico debe ser moralmente obedecido *per se* (una razón moral formal o un juicio práctico basado en el mero hecho de su existencia), o bien porque el contenido del mismo es moralmente admisible (una razón moral material o un juicio práctico que se acepta por su contenido)²⁸⁸. De esta forma, será inevitable para todo juez, que quiera presentar sus decisiones como justificadas, recurrir a la reflexión de naturaleza moral. Esta centralidad de las razones morales en plano *justificativo*, también es compartida por Joseph Raz (un positivista excluyente)²⁸⁹. Ello es así porque si “toda

²⁸⁵ Cfr. Dorado Porras, Javier. Op. Cit., pp. 33 y 96.

²⁸⁶ Cfr. Bayón Mohino, Juan Carlos. Op. Cit., p. 737.

²⁸⁷ Como señala Nino, “las razones prudenciales pueden ser válidas en un discurso monológico en el que un agente justifica un curso de acción ante sí mismo y tenga en cuenta sólo sus propios intereses” pero, desde que el discurso jurídico no es un discurso de este tipo, “los jueces no pueden justificar (...) sus decisiones sobre la base de la satisfacción de sus propios intereses (ello sería considerado una insólita explicación de motivos)” (Nino, Carlos Santiago. *Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, pp. 80-81).

²⁸⁸ Cfr. Bayón Mohino, Juan Carlos. Op. Cit., pp. 737-738. Del mismo autor, Cfr. “Deber jurídico”. En: *El Derecho y la Justicia*. Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta (editores). Madrid: Trotta, 2000, 2da Ed., pp. 327-329.

²⁸⁹ Como señala Raz, “las doctrina jurídicas desarrolladas por los tribunales están justificadas sólo en tanto sean moralmente justificadas, y sólo deben cumplirse si es moralmente correcto hacerlo” (Raz, Joseph. *La ética en el ámbito público*. Op. Cit., p. 362). No debe perderse de vista que, según Raz, aceptar esta conclusión no supone afirmar que existe “conexión necesaria alguna entre el derecho y la moral”, simplemente implica reconocer como “una verdad necesaria que las personas hacen lo que hacen

decisión tomada por una persona que afecte significativamente la suerte de otras es una decisión moral”, entonces “un órgano que tiene la obligación de tomar tales decisiones solamente tras una cuidadosa deliberación [como los jueces] debería, claramente, hacer un razonamiento moral”²⁹⁰. Dicho de otro modo, “dado que las sentencias jurídicas tienen un impacto significativo sobre las vidas de las personas”, en la lógica de Raz, “deben al menos tener la apariencia de ser moralmente aceptables”²⁹¹. Es por este motivo que, para él, el razonamiento judicial empieza con el razonamiento *acerca del* Derecho pero culmina con el razonamiento *según el* Derecho: solamente este último, desde que no se basa en la tesis de las fuentes, puede dar cuenta de si es moralmente aceptable –o no– imponer un determinado mandato legal.

Por lo demás, no debe perderse de vista que, para Raz, “even judges are humans” y, como tal, tienen el carácter de “agentes morales” (al igual que cualquier persona), de forma que durante el ejercicio de sus funciones estarán invariablemente sujetos a las exigencias provenientes de la Moral, sin necesidad de que una Ley lo disponga de esa manera²⁹². Para Raz, la Moral se aplica –o es vinculante– a cualquiera que tenga la condición de “agente” (y los jueces, al ser seres humanos, la tienen); esto es, a cualquiera que está en la posición de conocer y entender qué es lo que exige –o impone– en cualquier circunstancia concreta (para Raz, “si yo conozco algún mandato moral, o puedo conocerlo, entonces ese mandato se me aplica”)²⁹³. Y si los jueces siempre están sujetos a la Moral (porque están capacitados para conocer los mandatos morales), entonces el denominado *deber* de obedecer el Derecho (que llevaría al juez a la opción “plegarse al estándar”), según Raz, si existe es porque en última instancia están *moralmente* obligados a ello (aunque no incondicionalmente). De la aproximación “even judges are humans” se desprende que el Derecho no puede empoderar a la Moral sino al contrario: es empoderado por ésta. La Moral, pues, siempre va primero²⁹⁴. De ahí, entonces, la centralidad del razonamiento moral en el plano justificativo: si los jueces son agentes morales (por ser seres humanos), entonces forzosamente tendrán que justificar en consideraciones morales la

debido a que creen que es bueno o valioso, por equivocadas o incluso temerarias que puedan ser sus creencias” (Raz, Joseph. *La ética en el ámbito público*. Op. Cit., p. 356).

²⁹⁰ Raz, Joseph. *La ética en el ámbito público*. Op. Cit., p. 350.

²⁹¹ Ibid., p. 356. Me parece que, a este respecto, Raz coincide con Nino que tajantemente afirmará que “los actos de los jueces suelen afectar a intereses ajenos a los propios y, por lo tanto, entran en una esfera en que las razones morales desplazan a las prudenciales en cuanto a su capacidad justificatoria, aunque estas últimas puedan preservar su capacidad motivacional” (Nino, Carlos Santiago. *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1985, p. 139).

²⁹² Cfr. Raz, Joseph. “Incorporation by law”. En: *Legal Theory*, Vol. 10, 2004, pp. 1-17. Raz defiende esta tesis con el objeto de demostrar que el planteamiento “incorporacionista”, que defiende que la Moral sólo rige dentro del Derecho si ha sido previamente incorporada por las leyes, es sustancialmente erróneo. Para él, si la Moral rige de todos modos en virtud del carácter de “agente moral” de los jueces, entonces las llamadas “incorporating laws” no “incorporan” nada, simplemente previenen y/o evitan la “exclusión” de determinados parámetros morales por parte de los jueces (Cfr. Ibid., pp. 12-17).

²⁹³ Cfr. Ibid., pp. 2-3.

²⁹⁴ Cfr. Ibid., pp. 7-8.

imposición de cualquier razón jurídica que hayan elegido en su razonamiento *acerca del Derecho*.

Pero, ¿cómo encaja la idea de que “los jueces son seres humanos también” con la presencia de legislación que, al menos en apariencia, excluye o incluye la reflexión moral del razonamiento judicial? Para Raz, si los jueces siempre están sometidos a la Moral entonces, en ausencia de cualquier Ley, ellos fallarán sobre la base de consideraciones morales. ¿No se sigue de esto que cuando hay razones jurídicas, los jueces están obligados a *no-hacer* lo que normalmente harían sobre la base de consideraciones estrictamente morales? Si el propósito de los textos normativos es hacer alguna diferencia en nuestras vidas, ¿no se sigue que la realización de dicho propósito depende de su capacidad para excluir la Moral? De acuerdo con Raz, es un dato empírico que la aplicación de los principios morales se ve afectada o modificada por la presencia de una serie de “arreglos institucionales especiales”, tales como los “roles sociales” o el propio Derecho, aunque ello no supone afirmar que el Derecho excluye –o siquiera puede excluir– la Moral. Lo que hace es modificar la forma cómo se aplica a la gente y, al hacerlo, promueve –en lugar de excluir– ciertas consideraciones de tipo Moral. ¿Cómo lo hace? De tres maneras: (i) concretiza y publicita principios morales abstractos y generales (determina lo que esas “consideraciones” requieren en cada caso), (ii) vuelve a las consideraciones morales relativamente uniformes y su cumplimiento lo hace relativamente seguro, y (iii) hace que la metas morales o las condiciones moralmente deseables sean más fáciles de ser alcanzadas²⁹⁵. En tal sentido, resulta más o menos obvio que todo texto normativo promoverá y/o reforzará ciertas consideraciones de tipo moral.

Esto quiere decir, entonces, que detrás de toda decisión judicial, en último término, habrá una decisión de tipo Moral (porque se estará imponiendo una razón jurídica que promueve y/o refuerza razones morales). Dicho de otro modo, que un juez decida resolver un caso aplicando la solución prevista en un texto normativo, no excluye la reflexión moral sino, por el contrario, la presupone: si lo hace es porque entiende que moralmente está obligado a ello (y esto es lo que, en última instancia, justifica el sentido del fallo). Así, pues, optar por la alternativa “plegarse al estándar” o alejarse de ella (llegando, incluso, a la opción competitiva) dependerá, en último término, de la solidez del compromiso del juez con el deber moral de obedecer los textos normativos, sea cual sea su contenido. Si éste es absoluto, no habrá forma de que considere alejarse del estándar legislativo (como ya se dijo); pero, si es relativo, podría encontrar razones morales que lo lleven, o bien a corregirlo, o bien a dejarlo de lado y plantearse uno diferente. Por ejemplo, en el supuesto “competitivo” trabajado en el punto 2.4, se puede observar que el juez hipotético de la causa: (i) determinó que el caso puesto ante sus ojos podía ser resuelto aplicando sin más el estándar legislativo “si eres trabajador y no has cometido una falta tipificada legalmente como grave, entonces el

²⁹⁵ Cfr. Raz, Joseph. “Incorporation by law”. Op. Cit., pp. 8-10.

empleador no debe tener permitido despedirte”; pero (ii) lo valoró negativamente (por su contenido) porque, para él, basta con “retirarle la confianza” a un “trabajador de confianza” para que el despido esté jurídicamente justificado (no es necesario invocar la comisión de una falta tipificada legalmente como grave); y, por ello, (iii) se negó a aplicar la solución general prevista en el texto normativo y, acto seguido, falló conforme al estándar por él creado. ¿Cómo puede, ya no explicarse, sino *justificarse* este tipo de actuación?

Si el estándar legislativo general tiene contenido moral y, además, está respaldado por el deber moral de obedecer el Derecho, entonces la única justificación posible es sostener: (i) que la obligación de plegarse a los estándares legislativos no es absoluta, y (ii) que dicho estándar, por su contenido, es moralmente inaceptable para el caso en cuestión y, por tanto, que lo moralmente debido es alejarse del mismo. En tal sentido, la pregunta verdaderamente importante será, ¿qué tipo de razones morales podrían esgrimirse para alejarse *justificadamente* de la opción “plegarse al estándar” (que, como dice Raz, también está moralmente respaldada)? La idea que voy a sugerir más adelante (en el punto 4), es que solamente razones morales vinculadas con la idea de “equidad”, podrían *justificar* el optar por la opción colaborativa-crítica o por la competitiva. Por el momento, la respuesta queda pendiente.

3.3 La zona de razonabilidad: el espacio libre de decisión judicial.

En el punto precedente, apelando a la teoría de la decisión racional, se ha puesto de manifiesto que los jueces, como todas las personas, son “sujetos auto-interesados” y, por tanto, que su comportamiento será “racional” siempre que, en el ejercicio de sus funciones, adopten decisiones que maximicen sus respectivas preferencias. Asimismo, desde que ocupan la posición de “empleados” en el “mercado de trabajo judicial”, se ha sostenido que su labor estará guiada, sí, por la satisfacción de intereses meramente personales o egoístas (como cualquier otro trabajador) pero, también, por la consecución de los fines altruistas que el normal desempeño de su función demanda. En esa misma línea, también se han descrito todos los factores que, de una u otra manera, afectarán la necesaria obtención *conjunta* de sus preferencias egoístas y altruistas (sino su actuación sería “irracional”) y, como tal, que condicionarán el proceso mismo de decisión judicial. De esta forma, su posible colaboración (obsecuente o crítica) con el legislador o su competencia con el mismo será, en última instancia, una variable dependiente de la *resultante* de la interacción compleja entre los elementos internos y externos que *empíricamente* operan dentro del “contexto personal de la decisión judicial”. Por supuesto, la pregunta que quedó pendiente de resolver es cómo se obtiene la mencionada resultante o, lo que es lo mismo, la denominada “zona de razonabilidad” judicial. Corresponde, ahora, tratar de definir qué se entiende por esta última y, sobre todo, cómo se construye *fácticamente*.

3.3.1 La definición de “zona de razonabilidad” y los elementos que determinan su extensión.

¿Qué es, pues, la “zona de razonabilidad”? Ha sido Posner quien, siendo consecuente con su escepticismo moderado, ha planteado la existencia de un área *empírica*, la denominada “zona de razonabilidad”, en la que el juez es realmente *libre* de adoptar cualquier tipo de decisión, incluyendo las menos colaborativas posibles. En sus propias palabras, “la cantidad de actividad legislativa llevada a cabo por un juez depende de lo amplia que considere que es su “zona de razonabilidad”, i. e. el área en la cual tiene discrecionalidad para decidir un caso de una forma u otra *sin llegar a desacreditarse*”²⁹⁶ (la cursiva es mía). La clave para fijar la misma, como se puede apreciar, reside no en un dato normativo sino en uno *fáctico*: los jueces tendrán plena discreción para alejarse de la solución genérica prevista por los textos normativos, siempre que entiendan que no se *desacreditarán* si efectivamente lo hacen²⁹⁷. Esto es, aun cuando su poder discrecional es absoluto (tal y como lo sostiene la tesis escéptica de la interpretación jurídica), la posibilidad *real* de no plegarse sin más a los estándares legislativos, dependerá de qué tan amplio o restringido consideren que es “su” espacio libre de decisión judicial y, a su vez, éste dependerá de una cuestión netamente empírica: la posibilidad de verse desprestigiados. Así, en el planteamiento de Posner, el juez solamente optará por colaborar-críticamente o competir con el legislador, siempre que entienda que dichas alternativas caben dentro de su zona de razonabilidad o, lo que es lo mismo, que optar por ellas no lo desacredita.

Siguiendo esta lógica, desde el punto de vista del juzgador, antes de adoptar cualquier decisión en relación con los textos normativos (y, desde luego, sobre el caso que está en sus manos), tendrá que determinar las dimensiones de “su” área o espacio *fáctico* de razonabilidad (qué tan amplio o restringido es) y, lógicamente, ello supondrá evaluar hasta dónde puede *realmente* obrar discrecionalmente sin verse por ello “desacreditado”. Así, pues, la extensión de la zona de razonabilidad, en la posición de Posner, será una variable dependiente del “crédito” –o “descrédito”– con el que el juzgador considera que cuenta para ejercer sus funciones. Planteada de esta forma esta propuesta, saltan a la vista las siguientes interrogantes: ¿qué implica para un juez “desacreditarse”? ¿tan sólo tomar “una” mala decisión?, ¿acumular muchas decisiones erróneas que, de esta forma, lo hagan ver como un “incompetente”? ¿ser considerado, en el extremo, como un “corrupto”? ¿los comportamientos heroicos, por el contrario, lo “enaltecen”? ¿la mirada de quién debe tomarse en cuenta para evaluar el probable descrédito?, ¿la de las partes procesales?, ¿la de los otros jueces?, ¿la de la autoridad encargada de su promoción o destitución?, ¿la del legislador?, ¿la

²⁹⁶ Posner, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Op. Cit., p. 103.

²⁹⁷ Para Posner, pues, lo relevante no es si existe una “norma jurídica” que habilite la actuación discrecional de los jueces –tal como en el fondo sostienen los defensores de las diferentes variantes de la tesis intermedia o ecléctica de la interpretación jurídica (Cfr. Punto 3.2 del capítulo I)–, sino si *las condiciones fácticas* realmente les permiten hacerlo.

academia?, ¿los medios de comunicación?, ¿la opinión pública?, ¿qué sucede si ante unos se desacredita pero ante otros se enaltece?, etc.

Desafortunadamente, Posner no ofrece respuesta para ninguna de estas interrogantes. Tan sólo se limita a resaltar que la extensión de la zona de razonabilidad es relativa a factores tales como el nivel del juez en la jerarquía judicial (mientras más alta, mayor discreción tendrá), su mayor o menor experiencia o conocimientos adquiridos a lo largo de su carrera profesional (mientras más experiencia y conocimiento posea, con más discreción podrá actuar) y el ámbito del Derecho en el que se esté moviendo (a mayor consenso ideológico sobre determinadas materias, menor será su espacio de libre movilidad)²⁹⁸. Todo parece indicar, entonces, que para Posner mayor “crédito” –o menor posibilidad de “descrédito”– tendrán los jueces mientras más alto sea su rango (por ejemplo, ser miembro del Tribunal Supremo), más experiencia o conocimiento puedan demostrar²⁹⁹ (por ejemplo, manteniendo una cátedra en una universidad de prestigio o siendo frecuentemente citados por otros jueces) y/o más controversial u opinable sea el tema que están tratando (por ejemplo, los límites internos o externos de los derechos fundamentales). Contrario sensu, los jueces de más baja graduación, que recién empiezan la “carrera judicial” y, peor aún, que ejercen sus funciones en áreas del Derecho con un fuerte consenso ideológico (por ejemplo, el Derecho de contratos), no gozarán de mucho “crédito” para actuar discrecionalmente y, por tanto, tendrán un área de razonabilidad relativamente pequeña.

Pero, ¿es correcto afirmar que la amplitud de dicha zona depende de la posibilidad de verse desacreditado? Si el crédito personal de alguien debe entenderse como su particular “prestigio” o “buena reputación” en un determinado ámbito social, entonces es lógico asumir que aquella con la que cuente un juzgador puede ser determinante a fin de fijar el tamaño de su respectivo espacio de libre movilidad (¿alguien se atrevería, por ejemplo, a cuestionar públicamente a un hipotético Oliver Wendell Holmes

²⁹⁸ Cfr. Posner, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Op. Cit., pp. 103-105. En otra oportunidad señaló lo siguiente: “The area within which the judge exercises discretion will vary by judge. A judge’s “zone of reasonableness” (the area in which he feels free to decide a case either way) is likely to widen with his judicial experience, as more and more knowledge becomes embodied in intuition, (...). The zone of reasonableness will tend to be narrow in fields of ideological consensus, for example, contract law, for in those fields judges do not need to rely on intuition; sharing common premises, they can reason to a result. Furthermore, the importance of stability in contract law is obvious and widely recognized. Most contract rules are default rules, that is, rules the parties can contract around, so it is important that they know what the rules are so that they can draft accordingly. Thus another factor tending to narrow the zone is realization that legal stability is a paramount value in some fields of law. The zone of reasonableness is widest in constitutional cases in which the judges’ emotions are engaged, because the constitutional text provides little guidance and emotion opposes dispassionate consideration of the systemic factors that induce judges to rein in their discretion” (Posner, Richard. “The role of the judge in the twenty-first century”. Op. Cit., pp. 1065-1066).

²⁹⁹ Entre el “conocimiento” y la “discrecionalidad”, en opinión de Posner, existe una relación directamente proporcional, esto es, a más conocimiento, más discrecionalidad. Como sostuvo en otro momento: “I predict that a careful study would show that judges who know more about a particular field of law are less deferential toward precedent than equally able (...) judges who know less about the same field. A related prediction is that a specialized court will be less deferential to precedent, and therefore perhaps less (...) predictable, than a generalist court” (Posner, Richard. “The jurisprudence of skepticism”. Op. Cit., p. 846).

contemporáneo?). No obstante, también es cierto que poseer cierto crédito o renombre en el ámbito profesional, no supone estar blindado frente a la posible ejecución de las *constraints* llamadas “prevaricato”, “destitución” o “impeachment”. Basta para comprobar esto con observar el caso del ex-juez Baltasar Garzón, acaso el más famoso y renombrado de los magistrados españoles en el ámbito internacional. Como se sabe, mediante Sentencia 79/2012, del 17 de enero de 2012, emitida por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de España, fue hallado culpable del delito de “prevaricato” por haber autorizado las escuchas, luego declaradas ilegales, de las comunicaciones carcelarias entre tres imputados del “caso Gürtel” y sus respectivos abogados y, como tal, fue condenado a “once años de inhabilitación especial para el cargo de juez o magistrado, con pérdida definitiva del cargo que ostenta y de los honores que le son anejos, así como con la incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales o de gobierno dentro del Poder Judicial, o con funciones jurisdiccionales fuera del mismo”³⁰⁰. Claramente, pues, o bien el ex-juez Baltasar Garzón no calculó bien de cuánto crédito disponía ante sus pares (porque está claro que ante la opinión pública disponía de mucho), o bien su “zona de razonabilidad” realmente no dependía en absoluto de su buen nombre.

Me inclino a pensar que el mayor o menor crédito –o descrédito– de un juez cumple un papel marginal al momento de fijar su área de libre movilidad. Y es que, más allá de lo señalado en el párrafo precedente, la mayoría de los jueces no son nombrados precisamente por su particular “renombre” y, si fuera cierta la lógica de Posner, esto supondría que al inicio su zona de razonabilidad es prácticamente inexistente (nótese que en ese instante no cuentan con “experiencia” y, por lo general, ocupan las posiciones más bajas en la jerarquía judicial). Y si ello es así, entonces ¿cómo harían para adquirir prestigio y/o reputación? La evidencia empírica nos demuestra que los jueces más “famosos” o “reconocidos” son aquellos que, a lo largo de su carrera, no se han mostrado precisamente obsecuentes o sumisos con el legislador (nuevamente, la trayectoria del ex-juez Baltasar Garzón es prueba de ello)³⁰¹. Pero, ¿cómo podrían siquiera empezar a actuar de ese modo si, al inicio de sus funciones, su zona de razonabilidad es diminuta (por no decir nula)? Además, no se debe olvidar que, como señaló el mismo Posner, la mayoría de los jueces se conforma con hacer un buen

³⁰⁰ La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo consideró que el ex-juez Baltasar Garzón cometió el delito de prevaricato porque “ninguno de los métodos de interpretación del derecho usualmente admitidos (...) le habría conducido a concluir de forma razonada que es posible restringir sustancialmente el derecho de defensa (...) en la condiciones en que lo hizo” y, por tanto, “no se trata, pues, de una interpretación errónea de la Ley, sino de un acto arbitrario, por carente de razón, que desmantela la configuración constitucional del proceso penal como proceso justo” (fundamento 12). La sentencia está disponible en: http://www.elpais.com/elpaismedia/ultimahora/media/201202/09/espana/20120209elpapunac_1_Pes_PDF.pdf [consultada: 23 de junio de 2015].

³⁰¹ Como se dijo en el punto precedente, el formalismo jurídico como concepción del Derecho que sostiene que el “Derecho es un sistema completo y coherente; que sólo los legisladores, y no los tribunales, pueden crear Derecho”, en el que la interpretación “consistiría en descubrir el significado objetivo de un texto o la voluntad de su autor, no en innovar o desarrollar el Derecho”, hoy por hoy, “es una concepción del Derecho bastante desacreditada teóricamente”, aunque desafortunadamente “no infrecuente en la práctica” (Atienza, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Op. Cit., p. 23).

trabajo en silencio³⁰², es decir, sin buscar “notoriedad” o “reconocimiento”. Si se toma en cuenta que incluso esos jueces, entienden que deben actuar –y actúan– con discreción en ciertas ocasiones (colaborando críticamente o, incluso, compitiendo con el legislador), ¿no será, entonces, que la zona de razonabilidad depende de otros factores, además del crédito –o descrédito– con el que el juzgador cree que cuenta? Ciertamente, ningún juez quiere que se ponga en entredicho públicamente su idoneidad para ejercer sus funciones pero, como se dijo en el punto precedente, la función de utilidad de los jueces (es decir, la maximización de sus preferencias) involucra la obtención de un complejo de fines egoístas y altruistas, en los que la consecución de “fama” es tan sólo un elemento más³⁰³.

El problema con la propuesta de Posner, me parece, no reside en sostener que existe una zona de razonabilidad que empíricamente constriñe la actuación discrecional de los jueces, sino en relacionar su mayor o menor extensión únicamente con uno de los factores que participan en la función de utilidad judicial (el deseo de obtener crédito). En mi opinión, el área fáctica de libre movilidad (es decir, la zona de razonabilidad) está predeterminada por la interacción compleja de *todos* los parámetros que delimitan el “contexto personal de la decisión judicial” y, por tanto, será aquella que, desde la perspectiva del juez, le permita maximizar tanto sus preferencias altruistas como las egoístas. Esto es, será esa zona en la que cualquier decisión que adopte pueda ser calificada como “racional” o, lo que es lo mismo, como aquella que, atendiendo a las particularidades que presenta el caso, no sólo resuelve la controversia (maximiza la preferencia altruista), sino que también mejora sus posibilidades de progresar en la “carrera judicial” o, al menos, de mantenerse en el cargo (maximiza la preferencia egoísta). De esta forma, en términos de la teoría de la decisión, su mayor o menor extensión dependerá de cómo se presentan –o prevé el juez que se presentarán– *en los hechos* los diferentes factores, internos y externos, que condicionan el proceso de decisión judicial, especialmente aquellos que por ser ajenos a su voluntad escapan a su control (es decir, los costos de agencia o las *contraintes*). En ese sentido, la zona de razonabilidad, pues, le sirve al juez para excluir determinados cursos de acción que, por ir en contra de sus preferencias, serían irracionales (desde su propia perspectiva claro está).

Podría ser, por ejemplo, que habiendo muy buenas razones jurídicas (y morales) para optar por cualquiera de las vías menos colaborativas, de facto sea imposible hacerlo por la previsible reacción negativa de las autoridades encargadas del procedimiento de destitución y, por tanto, que la única alternativa “racional” para el juez sea “plegarse” sin más al “estándar” (no hacerlo supondría afectar su principal preferencia egoísta,

³⁰² Cfr. Posner, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Op. Cit., pp. 75-76.

³⁰³ Cfr. Punto 3.2.2.1 del presente capítulo. Por lo demás, el mismo Posner reconoce que “los argumentos (elementos) de la función de utilidad judicial incluyen los ingresos recibidos, el ocio, el poder, el prestigio, la reputación, el autorrespeto, la satisfacción intrínseca a su tarea (retos, estímulos) y las demás recompensas que la gente busca en el trabajo” (Posner, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Op. Cit., p. 47).

esto es, mantenerse en el cargo). Por ejemplo, en el caso de las escuchas de la trama Gürtel, en mi opinión, había muy buenas razones para justificar una “colaboración-crítica” con el legislador o, lo que es lo mismo, una “re-estandarización del estándar”. Y es que literalmente el texto del artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria de España establece que las comunicaciones de los internos con sus abogados defensores “no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”. Según la formulación escrita de dicha disposición, las intervenciones solamente procederían si se presentan esas dos condiciones *conjuntamente*, es decir, siempre que haya una autorización judicial en los casos de terrorismo. Pero si se asume que el propósito de esa regla es, precisamente, evitar que el derecho de defensa se utilice para favorecer la impunidad para delitos particularmente graves (como el de terrorismo), entonces resulta obvio que la formulación del artículo 51.2 es “infra-incluyente” en relación con los supuestos que la razón subyacente también justificaría: en este caso, intervenir las conversaciones de los internos con sus abogados para evitar la impunidad en el delito igualmente grave de “blanqueamiento de dinero”³⁰⁴. Sin embargo, a la luz de las consecuencias personales que tuvo que asumir el ex-juez Baltasar Garzón (su destitución por haber cometido un “delito”), no parece ser que dicha opción realmente estuviera dentro de su zona de razonabilidad y, por tanto, que el curso de acción que finalmente eligió haya sido el más “racional” posible.

Así, pues, la zona de razonabilidad viene a ser la base empírica ineludible para la construcción de una teoría prescriptiva *viable* sobre cómo *deben* fallar los jueces. Y es que de nada valdrá que se les exija colaborar-críticamente con el legislador (solucionando, por ejemplo, “experiencias recalcitrantes”), si es que *de facto* dicha opción está fuera de su ámbito de discreción. O, por el contrario, que se proscriba su posible actitud “competitiva” si es que, desde sus perspectivas, entienden que empíricamente hay condiciones –y buenas razones– para hacerlo³⁰⁵. Si el juez es un

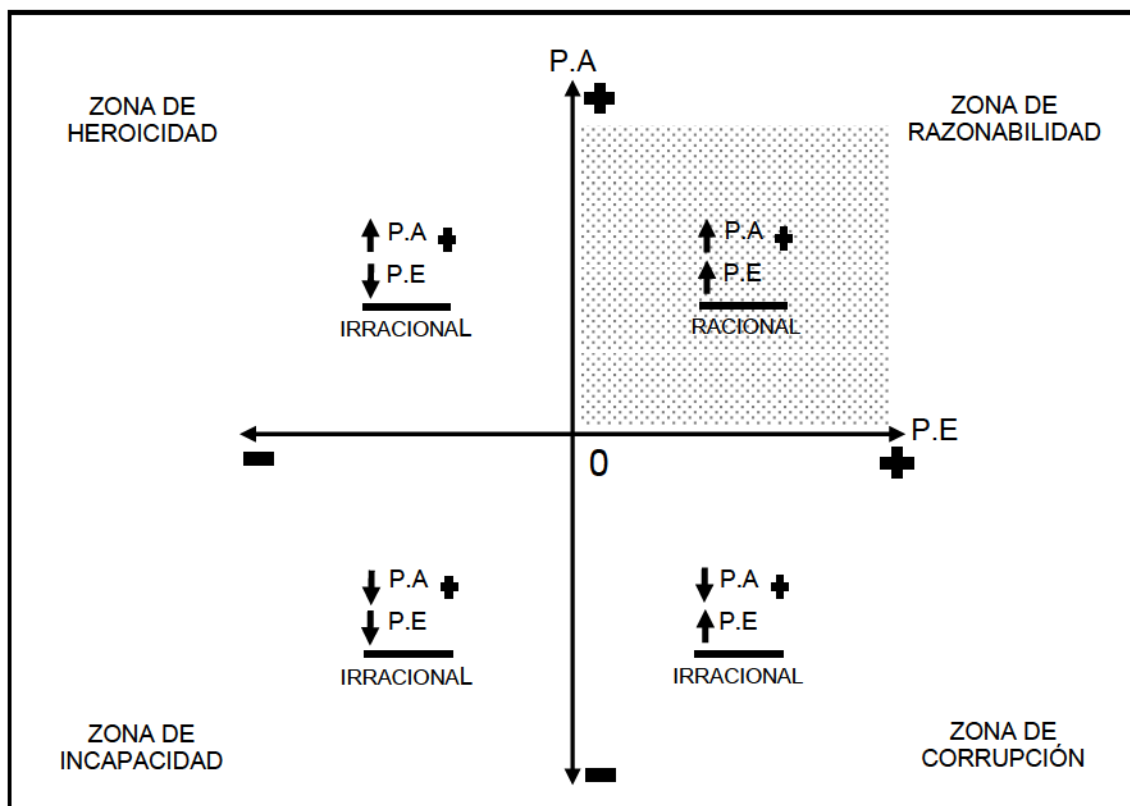
³⁰⁴ En relación a las razones ofrecidas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid para anular las escuchas por considerarlas ilícitas (Resolución del 25 de marzo de 2010), Atienza ha señalado que “sostener que, salvo que se trate de un delito de terrorismo, nunca es lícito intervenir las conversaciones entre un interno y su abogado defensor parece claramente una regla no universalizable, que atenta contra valores básicos del ordenamiento (entre otros, el principio de igualdad: supone dar un trato privilegiado a los acusados de un delito que están en prisión, pues a los acusados en libertad sí que cabe intervenirles en algún caso sus comunicaciones), y con consecuencias sociales verdaderamente inasumibles: favorecer la impunidad para cierto tipo de delitos” (Atienza, Manuel. “A vueltas con la ponderación”. En: Atienza, Manuel y García Amado, Juan. *Un debate sobre la ponderación*. Lima/Bogotá: Palestra/Temis, 2012, pp. 36-37).

³⁰⁵ Para Shapiro, afirmar que existe una “zona de tolerancia” o un espacio en el que el juez puede ir *más allá* de lo que de él se espera, sin verse expuesto a represalias (esto es, la “zona de razonabilidad”), tan sólo supone sostener que “los jueces pueden salirse con la suya cuando pueden salirse con la suya” (“zone of tolerance comes down to judges can get away with what they can get away with”). Sin embargo, reconoce que dicha noción –a pesar, de ser tautológica– puede ser sumamente útil si se logra establecer, con cierto grado de precisión, cuáles son sus “fronteras”. Y es que, desde una perspectiva puramente pragmática, posibilitaría decirle a los “jueces activistas” cuándo sus poderes “reales” podrían no ser tan grandes como sus poderes “formales” (algo que habría sido de mucha utilidad, por ejemplo, para el ex-juez Baltasar Garzón) y, a la inversa, a los “jueces deferentes” cuándo sus poderes “reales” podrían ser más grandes que sus poderes “formales” (Cfr. Shapiro, Martin. “The mighty problem continues”. Op. Cit.,

agente racional, como sugiere la teoría de la decisión, entonces es un sujeto auto-interesado y, por tanto, actuará siempre en función de la obtención *conjunta* de sus preferencias egoístas y altruistas (esa es la guía para la construcción de su función de utilidad, como veremos en un momento). Esto es, desde su perspectiva, las únicas opciones realmente posibles de seguir (por ser “racionales”) serán aquellas que le permitan, en mayor o menor medida, satisfacer *al mismo tiempo* su vocación por resolver adecuadamente las controversias de los demás (su necesaria preferencia altruista) y sus deseos de progresar en la carrera –o, al menos, de mantenerse en el cargo–, de ganar prestigio y buena reputación, de mantener o incrementar su poder, etc. (sus fines egoístas o personales). Y, precisamente, el conjunto hipotético conformado por las posibles decisiones que *empíricamente* le permitirían maximizar sus preferencias, será su real área de libre movilidad o su “zona de razonabilidad”.

3.3.2 La “zona de razonabilidad” vs. las “zonas de irracionalidad”.

¿Y cómo se grafica esto? Dado que los vectores que representan las preferencias egoístas y las altruistas son potencialmente divergentes (mientras que el primero lo podría llevar a colaborar obsecuentemente, el otro eventualmente podría exigirle adoptar una actitud competitiva), en mi opinión, el espacio *fáctico* de discrecionalidad de todo juez puede representarse según el siguiente plano cartesiano:



Fuente: elaboración propia

p. 396). En los puntos que siguen, precisamente, se ofrecen algunos elementos para fijar las “fronteras” de la mencionada “zona de tolerancia”.

En el gráfico precedente, el eje de las abscisas (u horizontal) representa las preferencias egoístas del juez (P.E), mientras que el eje de las ordenadas (o vertical) representa sus fines altruistas (P.A). El punto en el que se intersectan viene a ser lo que, en la teoría de los juegos, se conoce como “punto de equilibrio”: el lugar en el que no se maximiza ni perjudica ninguna de las dos preferencias en disputa (por eso está representado con el número 0)³⁰⁶. Si desde este punto nos movemos hacia la derecha en el eje horizontal (P.E), se maximizan las preferencias egoístas (+) pero, si nos desplazamos hacia la izquierda, se perjudican (-). Por el contrario, si desde el 0 nos trasladamos hacia arriba en el eje vertical (P.A), se maximizan las preferencias altruistas (+) pero, si vamos hacia abajo, se perjudican (-). Si se combinan todas las posibilidades que el gráfico nos ofrece, se obtienen cuatro cuadrantes: (i) en el superior-izquierdo, la “zona de heroicidad”, están todas las opciones o decisiones del juez que cumplen con maximizar P.A pero que, de hacerlo, perjudican P.E; (ii) en el inferior-izquierdo, la “zona de incapacidad”, están representadas todas las alternativas que perjudican tanto P.A como P.E; (iii) en el inferior-derecho, la “zona de corrupción”, están aquellos cursos de acción que satisfacen P.E pero a costa de minimizar P.A; y, finalmente, (iv) en el superior-derecho, la “zona de razonabilidad”, están todas las posibles decisiones que a su vez maximizan P.A como P.E. En tal sentido, resulta evidente que los jueces, en tanto sujetos auto-interesados, solamente se comportarán “racionalmente” si es que adoptan alguna decisión ubicable en la zona superior-derecha.

Dicho de otro modo, y en lo que nos interesa, realmente tendrán las opciones de colaborar-críticamente o de competir con el legislador (es decir, de no plegarse sin más al estándar), si es que esos posibles cursos de acción se ubican en su “zona de razonabilidad” o, lo que es lo mismo, aparecen como “racionales”. Y ello ocurrirá siempre que consideren no sólo que la controversia exige adoptar cualquiera de esas alternativas para ser resuelta adecuadamente (entienden que, si no lo hacen, no se maximizará su preferencia altruista), sino que además es factible hacerlo porque así mejoran en su posición laboral o, al menos, no la perjudican (entienden, pues, que actuando de ese modo se satisface también su preferencia egoísta). Moverse dentro del área de razonabilidad, entonces, les garantizará un comportamiento “racional” porque, para ellos, será la única alternativa de ver satisfechas conjuntamente todas sus preferencias (egoístas y altruistas). ¿Y qué sucedería si, por ejemplo, las alternativas menos colaborativas se encuentran en la zona superior-izquierda? Desde

³⁰⁶ Como señala Davis, “un juego es de suma cero si satisface una cierta ley de conservación, es decir, si durante el transcurso del mismo no se crea ni se destruye riqueza” (Davis, Morton D. Introducción a la teoría de juegos. Versión española de José Carlos Gómez Borrero. Madrid: Alianza Editorial, 1986, 4ta Ed., p. 76). En la teoría económica, por ejemplo, la noción de “punto de equilibrio” se utiliza para graficar el punto en el que se intersectan las curvas de la oferta y la demanda; es decir, el punto en el que la cantidad de bienes ofertados coincide con el de bienes demandados y, por tanto, no se presenta una situación ni de desperdicio ni de escasez de recursos (Cfr. Posner, Richard. *El análisis económico del Derecho*. Op. Cit., pp. 16-18).

la perspectiva de la teoría de la decisión, optar por ellas supondría un caso de comportamiento claramente “irracional”: implicaría satisfacer ciertamente los fines altruistas (la resolución adecuada de la controversia), pero a costa de perjudicar las preferencias egoístas y, como tal, se estaría adoptando una actitud heroica que absolutamente a nadie se le puede exigir (y, desde luego, cuyo incumplimiento a nadie se le puede reprochar)³⁰⁷. Sin duda, la actuación del ex-juez Baltasar Garzón en el caso de las escuchas de la trama Gürtel, es un claro ejemplo de comportamiento de este tipo³⁰⁸.

¿Y qué sucedería si las opciones “re-estandarizar el estándar” y “dejarlo de lado y fijar uno nuevo” están por debajo del eje de las abscisas? Significa que el juez realmente considera que no son necesarias para resolver adecuadamente la controversia pero, a pesar de todo, opta por alguna de ellas. En estos casos, se perjudica la preferencia altruista porque, de conformidad con los hechos del caso, la controversia se resuelve adecuadamente plegándose sin más al estándar legislativo (y el juez lo sabe). Vale decir, son supuestos normativamente fáciles pero que, por alguna razón, el juez opta por problematizarlos. Y eso es, precisamente, lo que representan los cuadrantes inferior-izquierdo e inferior-derecho: mientras que en el primero lo hace por pura incompetencia y, por tanto, da pruebas de su incapacidad para cumplir con las exigencias y responsabilidades que el puesto demanda (de ahí el nombre de “zona de incapacidad”); en el segundo opta por ese camino porque espera obtener alguna ventaja personal a cambio, es decir, sacrifica conscientemente la resolución adecuada de la controversia, a fin de asegurarse una “recompensa”. Estamos hablando, en el extremo, del juez corrupto (de ahí el nombre de “zona de corrupción”). En simple, mientras que en la “zona de incapacidad” se perjudican tanto las preferencias altruistas como las egoístas, en la “zona de corrupción” se maximizan las segundas en desmedro de las primeras. Sea como fuere, cualquier curso de acción que se ubique

³⁰⁷ No debe olvidarse que, como señala Garzón Valdés, “las normas morales no prescriben comportamientos supererogatorios que impongan a sus destinatarios actitudes de autosacrificio propias del héroe o del santo” y, por tanto, nadie –ni siquiera el juez– tiene el deber de “andar por el mundo con una cruz a cuestas ni [...] de privarse [...] de la satisfacción de [...] sus [...] propias necesidades para satisfacer necesidades o deseos de un mismo nivel de las demás personas” (Garzón Valdés, Ernesto. “Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral”. En: DOXA, N° 21-II, 1998, pp. 163-164). Sobre los deberes positivos generales, del mismo autor Cfr. “Los deberes positivos generales y su fundamentación”. En: DOXA, N° 3, 1986, pp. 17-33.

³⁰⁸ Comete el error de exigir un comportamiento heroico, por ejemplo, Robert Alexy cuando habla del “efecto riesgo” en el juez para defender la superioridad práctica de las concepciones no positivistas del Derecho. De acuerdo con este argumento, lo más prudente para un juez es manejar una concepción no positivista del Derecho (o vinculada con ciertos estándares morales) y, de esta forma, negarse a aplicar las leyes de un Estado totalitario porque, de esta forma, se protege a futuro de lo que pudiera suceder con su propia persona luego de la caída del régimen injusto (Cfr. Alexy, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. Traducción de J. Malem. Barcelona: Gedisa, 1994, p. 56). El carácter heroico del comportamiento exigido se pone de manifiesto cuando Dorado refuta el argumento iusnaturalista del “efecto riesgo” destacando que “incurre en el defecto habitual en dicha corriente, la no consideración, al menos en forma suficiente, del hecho de la fuerza y del poder y su relación con el Derecho. El juez preferirá aplicar las normas del régimen, garantizándose el ponerse a salvo de las medidas coactivas contra su integridad física –por no hablar además de su economía y sus buenas relaciones con los detentadores del poder– aún a riesgo de un posible pero incierto castigo que tendrá lugar quién sabe cuándo, si es que llega a materializarse, y ante el que siempre le cabe la posibilidad de escapar” (Dorado Porras, Javier. Op. Cit., p. 115).

en estos cuadrantes no sólo es rechazable (por irracional), sino también es claramente reprochable (por inmoral). Lo que representan los cuadrantes inferiores es verdaderos anti-modelos de juez.

Ahora bien, se ha dicho que fijar “su” zona empírica de razonabilidad le permitirá al juez excluir aquellos comportamientos que, por no satisfacer conjuntamente sus preferencias altruistas y egoístas, son irracionales o, lo que es lo mismo, que se ubican indistintamente en las zonas de heroicidad, incapacidad o corrupción. Lo que no se ha hecho, hasta ahora, es explicar cuándo una posible decisión judicial se ubicará –o no– en alguna de las tres “zonas de irracionalidad”. Pues bien, a estos efectos, usaré la noción de “función de utilidad” que, precisamente, ha sido construida para ayudar a elegir entre diferentes cursos de acción cuyas consecuencias no son evaluables en términos monetarios (como las decisiones que debe adoptar un juez). Para este tipo de situaciones, lo que la Teoría de la Utilidad sugiere es establecer: (i) una escala de valores para dichas consecuencias, en función de las propias preferencias (que, necesariamente, deben saberse con claridad) y, de ahí en más, (ii) elegir el curso de acción que permita satisfacer u obtener el resultado que ocupa el lugar más alto en la respectiva escala de valores o, en caso de no poderse, el subsiguiente y así sucesivamente³⁰⁹. De esta forma, tal como explica Davis, se estará utilizando una función de utilidad cuando, a los efectos de tomar una decisión, se “cuantifica” las propias preferencias en relación a ciertas cosas y, acto seguido, se le asigna un número a cada alternativa de forma que se refleje fielmente el atractivo que cada una tiene para el decisor (en función de sus preferencias claro está)³¹⁰. Es por ello que, para que la función de utilidad sirva de algo, es indispensable que este último previamente haya establecido cuál es el orden de sus propias preferencias o, lo que es lo mismo, que las haya ordenado de mayor a menor³¹¹.

3.3.3 La función de utilidad judicial.

Siguiendo esta lógica, lo primero que hay que hacer es identificar y cuantificar las preferencias de nuestro decisor, es decir, del juez. Ya se ha dicho que éstas son dos: a) resolver adecuadamente las controversias puestas ante sus ojos (la altruista) y b) ascender en la carrera, conservar su puesto, obtener reconocimiento, incrementar poder, etc. (las egoístas). También se ha dicho que *ambas* deben ser maximizadas *al mismo tiempo* o, lo que es lo mismo, que el logro de una no debe perjudicar la satisfacción de la otra. Esto quiere decir, utilizando números enteros como escala de cuantificación (del -10 al 10 pasando por el 0), que la satisfacción *conjunta* de ambas supone colocar a cada una en el rango del 1 al 10 (y eso sería la “zona de razonabilidad”). La pregunta ahora es: ¿cuáles son los cursos de acción que, al

³⁰⁹ Cfr. Pardo, Leandro y Valdés, Teófilo. *Decisiones estratégicas*. Madrid: Ediciones Días de Santos S.A., 1987, p. 199.

³¹⁰ Cfr. Davis, Morton D. Op. Cit., p. 80.

³¹¹ Cfr. Ibid., pp. 84-85.

obtener al mismo tiempo algún grado de las mismas, estarían dentro de ese rango? Me parece que, a estos efectos, lo más sencillo es empezar por descartar las decisiones que necesariamente se ubicarán en los cuadrantes inferiores; es decir, que estarán en la parte de abajo del eje vertical (P.A) y que, por lo mismo, irán del -1 al -10. Ello es así porque, para determinarlo, sólo hay que atender a la maximización de la preferencia altruista y, su satisfacción plena (alcanzar el 10), depende sólo de la intensidad con que se presenten ciertos factores *internos* del “contexto personal de decisión judicial” o, lo que es lo mismo, de elementos que el juez controla, tales como la sinceridad con que se obra en relación con los hechos del caso, la forma que adquieren las razones jurídicas, la valoración de los costos de la decisión y las razones morales últimas. Esto quiere decir que, empíricamente, la maximización de P.A –pero sólo de P.A– no depende de ningún factor *externo*.

Efectivamente, para colocarse en la parte de arriba del eje vertical (P.A), el juez primero tendrá que obrar con *sinceridad* en relación con los hechos que motivan la controversia y, por tanto, prestar atención a todos aquellos que realmente considera que son relevantes³¹². Así, pues, si luego de actuar de ese modo, considera de buena fe que los mismos no encuentran una solución *adecuada* en las razones jurídicas que ha identificado e interpretado en su “razonamiento *acerca del Derecho*” (porque no toman en cuenta –o valoran adecuadamente– todos los hechos que considera que son relevantes), entonces forzosamente las opciones “re-estandarizar el estándar” o “dejarlo de lado y fijar uno nuevo” estarán en la cima de P.A y, por tanto, tendría que asignarles la más alta calificación (10) en su “razonamiento *según el Derecho*”. Por el contrario, desde que optar por la alternativa “plegarse al estándar” supondría quebrantar el principio de sinceridad (porque estaría falseando –u omitiendo– información deliberadamente para que se ajusten a las razones jurídicas), entonces necesariamente estará en la cima del eje vertical y, por tanto, tendría como valor numérico -10 (también en su “razonamiento *según el Derecho*”). Y desde que $10 > -10$, resulta que la maximización de P.A requerirá actuar sinceramente y, desde luego, descartar el falseamiento de información. Nótese que en la dicotomía “sinceridad–falseamiento” no hay graduaciones: si el juez cree que los hechos lo llevan a las opciones menos colaborativas, entonces no actuar de ese modo forzosamente supondrá establecer una solución “no adecuada” para el caso en cuestión. Y, sin duda, ello implicaría minimizar completamente P.A.

Pero no sólo eso, ubicarse en la parte superior también requiere que el juzgador esté dispuesto a asumir un mayor “coste económico” al momento de *fijar* el Derecho (el razonamiento *acerca del Derecho*) y, por tanto, que esté abierto a trabajar si las circunstancias del caso así lo exigen: (i) con los propósitos o intenciones de las “reglas” elegidas, en lugar de sus formulaciones escritas (aun cuando deba demostrar que la “razón de ser” es la que él *dice que es*) y, sobre todo, (ii) con textos normativos

³¹² Cfr. Punto 3.2.2.3 de este capítulo.

que adoptan la forma de “principios” (a pesar de presentarse como “razones jurídicas no concluyentes”), a fin de ofrecer eventualmente “razones jurídicas auxiliares” para cancelar (o derrotar) razones jurídicas que se le presentan como “perentorias”³¹³. En tal sentido, si el caso se le presenta honestamente como “difícil” y de verdad quiere resolverlo, por consiguiente deberá: (a) asignarle un valor entre 1 a 10 a las razones justificativas subyacentes y entre -1 a -10 a los textos en los que éstas se manifiestan (si es que entiende que debe corregir una “experiencia recalcitrante”); (b) otorgar un valor entre 1 a 10 a los insumos que se le presentan con la forma de “principios” (ya sean jurídicos, ya sean morales) y entre -1 a -10 a los que para él simplemente son “reglas” (si es que considera que tiene al frente una “laguna axiológica”); y (c) considerar que el coste económico de apartarse del estándar (trabajar más) es menor que el coste de no hacerlo (no resolver adecuadamente la controversia) o, lo que es lo mismo, en la disputa entre “ociosidad” y “laboriosidad”, el juez tendrá que asignarle a la primera un valor de -10 frente al 10 de la segunda. No debe olvidarse que, cuando un juez está dispuesto a optar por las vías menos colaborativas (la re-estandarización y el apartamiento), necesariamente tendrá que asumir el coste justificatorio de alejarse de una razón perentoria (la regla que se le presenta como razón jurídica excluyente). Debe descartar, por tanto, la dejadez y el facilismo propios del perezoso. A este respecto, tampoco hay graduación posible.

¿Y las razones morales? En mi opinión, en el fuero interno del juez serán últimas o definitivas a fin de maximizar sus preferencias altruistas. Y es que el balance podría cambiar si entiende que, a pesar de todo, tiene un deber moral *incondicionado* de adherirse a las soluciones ofrecidas por los textos normativos que, a sus ojos vista, tienen la forma de razones perentorias (las reglas)³¹⁴. Esto quiere decir, entonces, que para colocarse en la cima del eje vertical (P.A), además de lo señalado en los párrafos precedentes, eventualmente deberá estar dispuesto a sostener que su deber moral de adhesión interna al Derecho *no es absoluto* y, por tanto, tendrá que asignarle un valor superior a la obtención de la “justicia material” frente al aseguramiento de la “justicia formal”. Dicho de otro modo, al efectuar el “razonamiento jurídico *según el Derecho*” del que nos habla Raz³¹⁵, tendrá que estar convencido de que su “conciencia jurídica material” eventualmente podría llevarlo a relativizar –o, incluso, a dejar de lado– su deber de plegarse sin más a los textos normativos (al que lo lleva su “conciencia jurídica formal”)³¹⁶. En simple, deberá ser consciente de que su “conciencia jurídica material”, como explica Ross, siempre está presente en todas sus decisiones y, por tanto, que si en una mayoría de casos optó por adherirse a los estándares legales, precisamente lo hizo porque “su conciencia jurídica [material] ha considerado posible aprobar la decisión, o en todo caso, no la ha hallado incompatible con lo “justo” o lo

³¹³ Cfr. Punto 3.2.2.3 de este capítulo.

³¹⁴ Cfr. Punto 3.2.2.3 de este capítulo.

³¹⁵ Cfr. Raz, Joseph. *La ética en el ámbito de lo público*. Op. Cit., pp. 352-357.

³¹⁶ Cfr. Ross, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Op. Cit., pp. 133-134.

socialmente deseable, en un grado tal que hiciera necesario recurrir a algún expediente para liberarse de las ataduras legales”³¹⁷.

Debe notarse que, por el carácter último de las consideraciones morales en el plano justificatorio, si no le asigna esa preeminencia a las exigencias de la justicia material, forzosamente quiere decir que considera justificada la imposición de “deberes” a cualquier persona, no por su contenido, sino tan sólo por su origen. Si, como explica Ross, “la tarea del juez es un problema práctico [...en el que...] tiene que decidir si habrá de ejercerse o no la fuerza contra el demandado (o el acusado)”³¹⁸, entonces si asume que su “conciencia jurídica formal” es absoluta, a su vez entiende que está justificado que ejerza su poder contra alguien (el demandado o el denunciado), tan sólo porque alguna autoridad así lo dispone (el legislador, en este caso). Y si entiende que ello es así, entonces será indiferente frente a las razones fácticas, jurídicas y económicas que le sugieran adoptar las vías menos colaborativas para resolver adecuadamente la controversia. Para estar arriba, por tanto, es indispensable que el juez le asigne un peso entre 1 y 10 a las consideraciones morales materiales y de -1 a -10 a las formales o, lo que es lo mismo, que eventualmente esté dispuesto a hacer un juicio de valor (interno o externo) en relación con el estándar que se le presenta como una razón perentoria. Parafraseando a Aarnio, debe estar dispuesto a someterlo a un juicio de “aceptabilidad axiológica” y, por tanto, a evaluar si el texto normativo luego de ser racionalmente considerado, puede ser aceptado como una norma jurídica que *debe ser* obedecida³¹⁹. No debe olvidarse que, según el mismo autor, “la validez axiológica resulta ser la más significativa por lo que respecta a la justificación” y, como tal, “sólo a la luz de la validez axiológica es posible comprender, por ejemplo, la relatividad de las interpretaciones”³²⁰.

Ya se sabe, entonces, qué comportamientos deben descartarse para ubicarse en la parte de arriba del eje de las ordenadas (P.A). Lo que corresponde, ahora, es determinar cuáles son las decisiones que lo colocarían en el lado izquierdo del eje de las abscisas (P.E) y, por tanto, que también deben ser dejadas de lado (por irracionales). Es a partir de este momento, en mi opinión, en que el juez tendrá que empezar a evaluar las *probables* consecuencias de sus acciones para la obtención de sus preferencias egoístas y, necesariamente, ello requerirá que dirija la mirada hacia la *posible* puesta en marcha de los factores externos (o las *contraintes*). Esto es, desde la perspectiva de la teoría de la decisión racional, para saber si se ubica a la izquierda o a la derecha en el eje horizontal, tendrá que evaluar si los parámetros que *no controla* le serán –o no– adversos. Y, por supuesto, esto añade una importante

³¹⁷ Ross, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Op. Cit., p. 134.

³¹⁸ Ibid., p. 132.

³¹⁹ Cfr. Aarnio, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 83-87.

³²⁰ Ibid., p. 86. Lo que se sostendrá más adelante, es que la idea de “equidad” es el parámetro que *debe ser* utilizado por los jueces para llevar a cabo el juicio de aceptabilidad axiológica mencionado y, por tanto, para optar *justificadamente* por las vías menos colaborativas (la colaboración-crítica o la competencia).

dosis de incertidumbre en el proceso de construcción de la zona empírica de razonabilidad. Dicho en otros términos, tendrá que adoptar decisiones sobre la base de cuantificar *probabilidades*. Desde luego, su actitud frente al riesgo también será fundamental: si es “indiferente” no lo tomará en cuenta en absoluto (no entrará en su cálculo), si es “propenso” tendrá una actitud optimista (asumirá que los factores externos le son favorables), pero si tiene “aversión” se pondrá en el peor escenario (los factores externos le son adversos) y, como tal, actuará con cautela. Queda claro, entonces, que la maximización conjunta de las preferencias altruistas y egoístas de los jueces, en última instancia, es una variable dependiente de los parámetros externos.

Ahora bien, precisamente porque no los controla, tendrá que ser sumamente cuidadoso al momento de fijarlos porque, si no los prevé adecuadamente, irremediablemente adoptará una decisión irracional (por no ser acorde con sus expectativas personales)³²¹. Dado que en el punto 3.2.2.2, se han descrito los parámetros externos que, en términos generales, condicionarán el proceso de decisión de cualquier juez (aunque siempre es posible la presencia de uno específico, sobre todo en los casos que son particularmente problemáticos), será en atención a los mismos que trataré de descartar aquellos comportamientos judiciales que lógicamente llevarían las preferencias egoístas a la “zona de heroicidad” (que, en la escala de cuantificación basada en números enteros, va del -1 al -10). Así, teniendo en cuenta las razones prudenciales que también operan dentro del “contexto personal de la decisión judicial”³²², habrá que evaluar qué tan *probable* es que el fallo proyectado afecte negativamente: (i) a la estabilidad laboral del juez (la conservación de su cargo), (ii) sus posibilidades de ser promovido (el ascenso en la carrera judicial), (iii) su influencia o prestigio ante sus pares (los otros jueces) y la “comunidad jurídica” (la academia y los profesionales del Derecho), (iv) su buen nombre o reputación ante los medios de comunicación y la opinión pública en general, etc. Y, a estos efectos, lo que la teoría de la decisión sugiere es implementar un “sistema de probabilidades” que, con el fin de determinar el curso de acción recomendable, cuantifique los riesgos y beneficios potenciales de seguir cada uno de los mismos en función del acaecimiento –o no– de los factores externos³²³.

La pregunta ahora es: ¿cómo se construye tal sistema? Ciertamente, es una cuestión sumamente compleja y casuística. No pretendo, pues, presentar una fórmula que permita hacer ese cálculo en cualquier situación. No obstante, sí creo que es posible describir con cierto grado de certeza ciertos “juicios prudenciales” que cualquier juez, en la misma situación, llevaría –o debería llevar– a cabo si es que entiende que el caso puesto ante sus ojos exige, para ser resuelto adecuadamente, optar por alguna de las vías menos colaborativas (la colaboración-crítica o la competencia). Nótese que, por su grado de relevancia para la maximización de P.E, las afectaciones

³²¹ Cfr. Pardo, Leandro y Valdés, Teófilo. Op. Cit., p. 55.

³²² Cfr. Punto 3.2.2.3 de este capítulo.

³²³ Cfr. Pardo, Leandro y Valdés, Teófilo. Op. Cit., p. 63.

potenciales antes señaladas están deliberadamente ordenadas *de mayor a menor*. Y es que si el solo hecho de ser juez ya supone *per se* obtener una serie de ventajas personal en relación con otros tipos de trabajos en los sectores público y privado (tales como estabilidad laboral, remuneración aceptable, la posibilidad de hacer “carrera”, autonomía funcional, *poder* para imponer la propia voluntad, trato deferente y respetuoso de las partes y de sus abogados, reconocimiento público, etc.³²⁴), entonces se puede presumir válidamente que la principal preferencia egoísta de todo juez será precisamente permanecer o conservar su puesto de trabajo. Esto quiere decir, por consiguiente, que si considera que elegir las opciones menos colaborativas implica con un alto grado de certeza perder todas esas ventajas, forzosamente tendrá que asignarles en el eje de las abscisas una calificación de -10 (el máximo perjuicio para P.E). ¿Y cómo podría hacer para predecir ese resultado negativo?

Necesariamente, deberá prestar particular atención a las condiciones que, normalmente, activan las *contraintes* dirigidas a privarlo de su empleo; es decir, tendrá que calcular las probabilidades de ser destituido, de no ser ratificado (en aquellos sistemas que la prevén), de no ser reelegido (en aquellos sistemas donde existe la elección popular de los cargos judiciales), de ser sometido y condenado por prevaricato (algo que, al parecer, no hizo el ex-juez Garzón) o de ser sujeto a un proceso de impeachment (el juicio político para los más altos cargos públicos). Desde luego, hacerlo no es una tarea sencilla. Por lo general, tanto la destitución como la no ratificación requieren un cúmulo de decisiones consideradas por el contralor como “erróneas” y, por tanto, le dan cierto margen de acción o libertad a los jueces (al menos por un tiempo). No sucede lo mismo, en cambio, con el prevaricato y el impeachment que técnicamente sólo necesitan un “mal” fallo para activarse. En tal sentido, para cubrirse frente a los últimos, lo prudente desde su perspectiva será que se muestren deferentes, primero, con las líneas jurisprudenciales ya consolidada (no se olvide que el prevaricato es un juicio de jueces sobre jueces) y, segundo, con los detentadores del poder político en lo que a las denominadas “cuestiones políticas” se refiere (esto sucederá, especialmente, con los jueces que están en la cúspide de la jerarquía judicial). ¿Y qué pasa si la continuidad en su cargo está sujeta a reelección popular? A diferencia de los casos precedentes, sólo en este supuesto “su” crédito ante los medios de comunicación y la opinión pública será su principal preocupación (de su voto depende su puesto de trabajo) y, por tanto, lo prudente para él será detectar y conectarse con las demandas de “justicia” provenientes desde la ciudadanía. El verse desacreditado públicamente, en este caso, recibirá una valoración de -10.

Sea como fuere, lo que la teoría de la decisión nos sugiere es que si un juez considera que “re-estandarizar el estándar” o “dejarlo de lado y fijar uno nuevo”, lo llevará con cierto grado de certeza a una situación límite en relación con su empleo, entonces lo

³²⁴ Como se dijo en el punto 3.2.2.1 de este capítulo, son los beneficios no económicos de ser juez.

racional desde su punto de vista es que no lo haga. Y si a pesar de todo lo hace, moralmente hablando se habrá convertido en un héroe³²⁵. ¿Y qué sucede si el juzgador, según las razones prudenciales, ha llegado a la convicción de que maximizar P.A no supone poner en peligro su permanencia en el cargo? A partir de ese momento, comenzará a operar el segundo factor de tipo prudencial en grado de importancia: las posibilidades de ascender en la “carrera judicial”. Esto quiere decir, entonces, que no bastará que se sienta seguro en el puesto para automáticamente optar por las vías menos colaborativas. Y es que salvo que ya se encuentre en lo más alto de la jerarquía judicial, lo normal será que a continuación evalúe si, al actuar de ese modo, no se truncan sus expectativas de ser promovido. No se debe menospreciar el efecto disciplinario que, en relación con la Ley, cumple el factor externo llamado “ascenso”. Debe tomarse en cuenta que las ventajas patrimoniales y no patrimoniales que normalmente se perciben por ser juez, se incrementan considerablemente si es que se sube un peldaño en la escalera judicial (no sólo se recibirá mayor remuneración, además se adquirirá más reconocimiento, deferencia, poder, autonomía funcional, etc.). En tal sentido, si un juez de baja graduación considera que actuar creativamente le otorga ventaja frente a sus competidores en la carrera por el ascenso, entonces les asignará a las opciones menos colaborativas la calificación de 10. Pero, si entiende que sucedería todo lo contrario, irremediablemente las valorará negativamente. Y aunque ser promovido no es tan importante como permanecer en el cargo, lo más probable es que también las califique con -10 (a nadie le agrada permanecer en la congeladora).

Llegados a este punto, es necesario hacer una precisión. La mirada que, para el juez, es relevante a los efectos de permanecer en el cargo y/o ser promovido, es la de los órganos que cuentan con competencias sobre esa materia. Esto quiere decir que, para satisfacer sus principales preferencias egoístas, se le presentará como irrelevante la mirada crítica o desaprobatoria de sus pares, de la comunidad jurídica, los medios de comunicación y/o la opinión pública general; a menos, claro está, que sea lo suficientemente fuerte como para forzar la activación de un proceso de destitución, para influir en su promoción o, en ambos casos, para bloquearlos. Piénsese en el supuesto de prevaricación: desde que es un juicio de jueces por jueces, la opinión de los pares será determinante en el resultado final. Pero, salvo que tenga algún interés dentro de la comunidad jurídica (por ejemplo, manteniendo alguna cátedra o pasar al

³²⁵ No es extraño encontrar comportamientos judiciales de este tipo en la experiencia comparada. Se puede citar, como ejemplo emblemático, el caso de los ex-magistrados del Tribunal Constitucional peruano (Guillermo Rey Terry, Manuel Aguirre Roca y Delia Revoredo Marsano) que el 28 de mayo de 1997, luego de ser sometidos a un juicio político, fueron destituidos de sus cargos por la mayoría parlamentaria de ese entonces, por haber declarado “inaplicable” al ex-presidente Alberto Fujimori la Ley 26657, denominada “Ley de interpretación auténtica”, que “precisaba” que de conformidad con el artículo 112° de la Constitución (vigente en ese momento) éste se encontraba apto para presentarse a la reelección presidencial el año 2000 (a pesar de que ya había sido reelegido el año 1995 y el artículo constitucional señalado sólo autorizaba una reelección inmediata). Sobre los pormenores de este caso que, incluso, llegó hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cfr. Bustamante Alarcón, Reynaldo. “El caso del Tribunal Constitucional a propósito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: Pensamiento Constitucional, N° 09, Año XI, pp. 291-337.

sector privado), su mirada negativa *por sí misma* tendrá un efecto marginal dentro del área empírica de libre disponibilidad del juez. Exactamente lo mismo se puede decir en relación con los medios de comunicación y la opinión pública general: a menos que deba rendir cuenta ante la ciudadanía de sus actos o que tenga previsto dar el salto a la vida política, ser visto como un mal juez no será determinante al momento de fijar su área de razonabilidad (y viceversa). Si bien es cierto a nadie le gusta ser denostado ante la opinión pública o en el círculo profesional al cual se pertenece, también lo es que el crédito –o el descrédito– *en sí mismo* tiene una fuerza marginal dentro de las preferencias egoístas de los jueces. Y es que, si la llegan a tener, siempre será porque en sus cálculos prudenciales pueden influir para bien o para mal en sus posibilidades de ser cesado o de ser promovido. Esto quiere decir, entonces, que es posible que un juez se decida por las opciones menos colaborativas, aun cuando esto le genere una mala imagen ante sus pares, la comunidad jurídica, los medios de comunicación o la opinión pública general. Sólo si están vinculadas a su permanencia en el cargo o a su promoción laboral, el descrédito será relevante y, por tanto, recibirá en el eje horizontal la calificación más baja (-10). En los demás supuestos, será intrascendente y, como tal, será valorada con 0.

Por todo lo dicho en este punto, se puede concluir que las razones morales son determinantes a los efectos de maximizar las preferencias altruistas de los jueces, pero la satisfacción de las egoístas estará sujeta a las consideraciones de índole prudencial que se pudieran presentar. Y dado que, desde una perspectiva *descriptiva interna*, pasar de la zona de heroicidad a la de razonabilidad es el último paso en el proceso de decisión judicial, entonces resulta que optar por las vías menos colaborativas es, en último término, una variable dependiente de las razones prudenciales que pudieran estar presentes en el “contexto personal de la decisión judicial”. Ello es así porque las razones morales, aun cuando son decisivas para subir en el eje vertical, no juegan ningún papel a los efectos de moverse a la derecha en el eje horizontal. Sin embargo, desde que los jueces en el plano *prescriptivo/justificativo* sí están compelidos a presentar como definitivas las razones de orden axiológico (ya sean formales, ya sean materiales) presentes en su razonamiento, entonces se vuelve imperativo determinar qué tipo de razones de carácter moral pueden ser esgrimidas, a fin de presentar su decisión final en relación con los textos normativos como justificada. Eso es lo que se hará a continuación.

4. La idea de “equidad” como criterio rector del “Juego de Juzgar”.

El presente trabajo de investigación, hasta este momento, no ha tenido más pretensiones que las puramente *descriptivas*. En sus dos primeros capítulos, asumiendo la perspectiva del observador ajeno a la práctica judicial (el punto de vista externo), se llegó a la conclusión de que los jueces, al actuar siempre con discreción en sentido fuerte, en el seno de los Estados constitucionales de Derecho, se

constituyen *de hecho* en un poder aristocrático-autocrático y, por tanto, que su legitimidad se basa no en criterios racionales u objetivos sino en elementos puramente “carismáticos”. Sobre la base de esta conclusión, a comienzos de este capítulo, manteniendo la misma mirada metodológica, se sostuvo que la despreciada justicia de cadí *aún subsiste*, a pesar de la existencia empírica de los textos normativos. A partir de ese instante, y a fin de identificar el rol que estos últimos *realmente* cumplen en el juzgamiento (otra descripción), se cambió el punto de vista y se adoptó el de los participantes en la práctica judicial, esto es, se asumió el punto de vista interno. Así, pues, se concluyó que en el marco del contemporáneo Juego de Gobernar: (i) los textos normativos operan tan sólo como razones *primeras* para la decisión judicial, de forma que los jueces siempre tendrán frente a los mismos las opciones de *plegarse* (colaboración obsecuente), *re-estandarizarlos* (colaboración crítica) o *dejarlos de lado y fijar uno nuevo* (competencia abierta); y (ii) la elección de cualquiera de esas vías estará condicionada por la mayor o menor extensión de la “zona de razonabilidad” judicial (el área *empírica* de libre decisión del juez) que, a su vez, será la resultante de la interacción compleja entre los elementos internos y externos que *de facto* operan dentro del “contexto personal de la decisión judicial”.

Ahora bien, el punto precedente se cerró planteando que, desde el punto de vista de los jueces (el descriptivo interno), las razones prudenciales son las realmente decisivas a fin de determinar si es *facticamente* posible elegir alguna de las vías menos colaborativas en relación con los textos normativos (son las que condicionan el pase de la zona de heroicidad a la de razonabilidad). Sin embargo, también se sostuvo que *en el plano justificativo* los jueces están compelidos a presentar *como definitivas* las razones de índole moral que necesariamente operan en su contexto personal de decisión, ya sean formales, ya sean materiales. Ello es así porque una razón del tipo “me conviene –o no me afecta– fallar de ese modo”, aun cuando en el plano descriptivo ciertamente es definitiva, jamás podrá *justificar* el trato cooperativo o competitivo que se le estuviera dando a los textos normativos (especialmente si se optó por *dejarlos de lado y fijar uno nuevo*)³²⁶. Por tal motivo, dejando de lado las pretensiones descriptivas del presente trabajo de investigación, se impone efectuar una breve reflexión sobre el tipo de razones morales que podrían –o deberían– ser utilizadas como paradigma, a fin de evaluar el “buen juicio” de nuestros cadíes contemporáneos. En tal sentido, pasando ya al plano prescriptivo, se van a sugerir –sin más pretensiones que las de ser futuras líneas de investigación– las siguientes tesis:

- Primero, que la llamada “conciencia jurídica material” del juez, que en el planteamiento de Ross es la que determina si se adhiere o no a los textos

³²⁶ Como señala Nino, si los jueces justificaran sus decisiones sobre la base de la satisfacción de sus propios intereses “ello sería considerado una insólita explicación de motivos” (Nino, Carlos Santiago. *Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del Derecho*. Op. Cit., p. 81).

normativos³²⁷, *debe estar* guiada no por “el espíritu de la tradición jurídica y cultural” de la sociedad (algo que recuerda a la idea de moral social³²⁸), sino por el antiguo ideal regulativo de la labor de juzgar llamado “equidad”; y

- Segundo, que la equidad actualmente exige a los jueces *en primer término* plegarse a los textos normativos (es decir, obrar según la “conciencia jurídica formal”), a menos que la Ley, según los ideales o valores de la “Ilustración” (libertad e igualdad), no pueda ser catalogada como una “buena Ley”, no sólo en sentido formal, sino sobre todo material.

Dicho de otro modo, lo que se va a sugerir es que la *aceptabilidad axiológica* de la actuación de los jueces *debe ser* determinada en función de su mayor o menor compromiso con los ideales igualitarios del pensamiento ilustrado (ese sería el consenso, me parece, al que llegaría la mayoría de la llamada “audiencia ideal particular” o “comunidad jurídica ideal” de la que nos habla Aarnio³²⁹). Así, pues, lo que se propondrá en este cierre es entender que la equidad exige a los jueces: (a) dirigir la mirada *en primer término* hacia los textos normativos (las Leyes), a los efectos de encontrar la solución para el caso particular que se está conociendo; y (b) optar entre plegarse, re-estandarizarlos o dejarlos de lado y fijar uno nuevo, en función de los ideales de libertad e igualdad propios de la ilustración. Lo que se va a sugerir, entonces, es que los jueces *por equidad* deberán *plegarse* al estándar contenido en las reglas, siempre que a sus ojos satisfaga los ideales ilustrados en relación con la Ley (y, como tal, deberá ser tratado *como si fuera* la razón única o excluyente de la decisión judicial); pero, también *por equidad*, deberán: (a) *re-estandarizarlo* siempre que detecten que es infra-incluyente o supra-incluyente en relación con su propósito ilustrado (una mala Ley *corregible* por tener un propósito *noble*), y (b) *dejarlo de lado y fijar uno nuevo* siempre que entiendan que su propósito contraviene los valores ilustrados (una mala Ley *descartable* por tener un propósito *deleznable*). Me parece que, en el marco del Juego de Gobernar, esta es la mejor manera de compatibilizar la exigencia de “resolución adecuada de las controversias” propia del Juego de Juzgar, con la de “certeza y no arbitrariedad” propia del Juego de Legislar.

4.1 El vínculo estrecho entre Justicia de Cadí y Equidad.

Si se está sosteniendo que la “conciencia jurídica material” del juez *debe estar* guiada por la idea de “equidad” (una prescripción), es porque desde siempre se ha entendido que la función de juzgar *debe estar* dirigida a asegurar *lo equitativo* en los casos concretos, ya sea en ausencia de Ley, ya sea en presencia de ella. Dicho de otro

³²⁷ Cfr. Ross, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Op. Cit., pp. 134.

³²⁸ De acuerdo con Jiménez, se puede definir la “moral social (positiva o convencional) como el conjunto de principios sobre el comportamiento humano en relación a la idea que un determinado grupo tiene del bien y del mal” (Jiménez Cano, Roberto. “Una defensa del positivismo jurídico (excluyente)”. En: ISONOMÍA No. 39, octubre 2013, p. 95).

³²⁹ Cfr. Aarnio, Aulis. *Lo racional como razonable*. Op. Cit., pp. 279-288; y Aarnio, Aulis. “¿Una única respuesta correcta?”. Op. Cit., pp. 34-36.

modo, aun cuando pudiera ser cierto que los jueces, como decía Ross, se sienten en última y definitiva instancia vinculados por la “tradición jurídica y cultural” de la sociedad (una descripción)³³⁰, también lo es que la equidad siempre ha sido considerada la brújula que *debe* marcar el norte u orientación del juzgamiento. Ello es así porque, al menos en el plano prescriptivo, la subsistente “justicia de cadí” *desde sus orígenes* exige la presencia de un decisor que esté *moral y profesionalmente* comprometido (el plano *espiritual* del juez del que nos habla Ross³³¹), no con el sometimiento estricto a la Ley (o a la tradición jurídica y cultural), sino con determinar qué es *lo equitativo* en cada controversia puesta a su consideración (que, por cierto, podría consistir en *plegarse al estándar* contenido en los textos normativos). Así, pues, si el juez es –y siempre será– un cadí porque afortunadamente –o desafortunadamente según los gustos– sigue siendo un “ser humano”, entonces su “conciencia jurídica material” *debería* regirse por el parámetro que desde siempre ha sido considerado el principio rector de la “justicia de cadí”: asegurar *lo equitativo* en el caso concreto. Tal es, pues, la tesis que se está sugiriendo como línea futura de investigación.

Esta propuesta, como se puede deducir, descansa en la siguiente premisa: las nociones de “justicia de cadí” y “equidad” siempre han ido de la mano. ¿Es, pues, esto correcto? Tal como se señaló en la introducción, la justicia de cadí se encuentra sumamente desprestigiada en la cultura jurídica contemporánea: al basarse en el “buen juicio” del juzgador, y no en la *regularidad inviolable* que pretenden instaurar las reglas (los textos normativos), ha sido vinculada con las ideas de incertidumbre, irracionalidad e, incluso, venalidad³³². Pero, ¿es cierto que la justicia de cadí, en el plano prescriptivo (que es el que ahora me interesa), era concebida como *irregularmente caprichosa*? No voy a repetir por qué *de hecho* la justicia de cadí subsiste hoy en día. Simplemente quiero resaltar: (i) que desde las épocas en las que no existían “soluciones genéricas” establecidas *de antemano*, el buen juicio de la autoridad encargada de resolver las controversias concretas siempre tuvo como punto de referencia, como objetivo, asegurar *lo equitativo* en cada caso; y, sobre todo, (ii) que con el advenimiento de la Ley positiva dicho esquema no varió sustancialmente, desde que la equidad siguió siendo el principio rector del acto de juzgar (aunque, a partir de ese instante, pasó a exigir que la solución *equitativa* se busque *en primer término* en los textos normativos). Es decir, la justicia de cadí nunca pretendió convertir en parámetro de juzgamiento a la *irregularmente caprichosa* voluntad del juzgador. Ya sea sin Ley, ya sea con Ley, siempre estuvo sujeta –en el plano

³³⁰ No debe perderse de vista que, para Ross, es un *hecho* que “en el cumplimiento de su misión el juez se halla bajo la influencia de la tradición de cultura porque es un ser humano de carne y hueso y no un autómata, o mejor dicho, porque el juez no es un mero fenómeno biológico sino también cultural” (Ross, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Op. Cit., p. 96). Claramente, pues, la posición de Ross no es prescriptiva sino simplemente descriptiva.

³³¹ Cfr. Ross, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Op. Cit., p. 133.

³³² Cfr. Punto 1.1 de este capítulo.

prescriptivo— a las exigencias concretas de un elemento externo —y, por tanto, constante— al acto de juzgar: el ideal de la equidad.

En tal sentido, si bien es cierto que era un modelo puramente carismático de administración de justicia, lo era porque de forma generalizada se le atribuía a dicha autoridad (es decir, al cadí) el estar especialmente capacitada, no para resolver la controversia como quisiera, sino para hallar o descubrir la solución *equitativa* en cada momento. Esto es lo que se desprende, en mi opinión, de las reiteradas referencias que Weber hace a la idea de “equidad” como la *razón* (o el *paradigma*) que siempre ha estado detrás de los diferentes tipos que, en el espacio-tiempo, ha adoptado la justicia de cadí. Por ejemplo, cuando nos habla de la “justicia teocrática” dirá que, al estar orientada hacia la satisfacción de la justicia material, tenía “carácter conviccional” y, por tanto, juzgaba “en gran medida, (...), de acuerdo con consideraciones concretas de equidad”³³³. Lo mismo resaltará en relación con la administración patriarcal de justicia (como la de Salomón), en la que el propio Rey intervenía en la aplicación del derecho, en tanto patriarca, decidiendo “de acuerdo con puntos de vista de equidad, de conveniencia o políticos”³³⁴ o, como señala en otro momento, “de acuerdo con puntos de vista jurídicamente informales e irracionales de equidad y justicia en cada caso particular”³³⁵. Es por ello que, para Weber, el rasgo característico de la justicia de cadí es que “soluciona el caso concreto (...) de un modo no formal y de acuerdo con juicios de valor éticos concretos o de otra índole práctica”³³⁶ o, lo que es lo mismo, “según el sentido de equidad del juez en cada caso”³³⁷. Tal parece entonces que, conforme a Weber, no es que el cadí a lo largo del tiempo haya concebido su actividad como *irregularmente caprichosa* (aunque *de facto* es posible que lo haya sido), sino que siempre tuvo como “ideal regulativo” de su función el determinar qué es lo *equitativo* en cada caso concreto.

Lo mismo se desprende, me parece, del relato que nos ofrece Toulmin sobre cómo se resolvían las controversias tanto en la Roma temprana como en la imperial. En la primera, en la de las siete colinas, dicho autor nos explica que la justicia era administrada por “The College of Pontiffs” (los cadíes en ese espacio-tiempo). De acuerdo con Toulmin, dichas autoridades no basaban sus decisiones en reglas positivas generales (que en esa época eran escasas), desde que su función era más arbitral que regulatoria y, como tal, no se sentían atados u obligados a seguir algún “precedente” (o estándar general formalmente establecido de antemano). En su opinión, los *pontiffs* básicamente eran unos confiables y desinteresados “árbitros” que, ejerciendo su discreción, ponderaban o sopesaban las particularidades que pudiera presentar el caso en cuestión. No obstante, y esto es importante, no quiere decir que

³³³ Weber, Max. *Economía y sociedad*. Op. Cit., p. 615.

³³⁴ Cfr. *Ibid.*, pp. 626-627.

³³⁵ *Ibid.*, p. 710.

³³⁶ *Ibid.*, pp. 732-733

³³⁷ *Ibid.*, p. 1062.

fijaran deberes u obligaciones dogmáticamente o “sin conexión a tierra”. En realidad, significa que las disputas se resolvían mediante un “arbitraje de equidad” y, a estos efectos, contaban con la confianza o adhesión de los ciudadanos³³⁸. ¿Cambió este esquema en la Roma imperial, marcada por la presencia del *Ius Civile*? Toulmin explica que el “juicio de equidad” no desapareció sino que pasó a las manos del emperador (el Gran Patriarca o supremo Cadí), de forma que el Derecho romano se dividió entre: (i) los asuntos a ser decididos por los jueces ordinarios (los antiguos *pontiffs*) aplicando reglas jurídicas generales (el *ius civile*), según la máxima “los casos iguales deben ser tratados igual”; y (ii) los casos a ser decididos discrecionalmente por la corte personal y el “Canciller” del emperador, conforme a las características particulares de cada controversia y de acuerdo con la máxima “los casos diferentes deben ser tratados diferente”. De esta forma, cuando el procedimiento legal hubiera terminado, los ciudadanos que todavía se sintieran agraviados podían apelar al emperador, en tanto “Father of the Fatherland”, a fin de que ejerciera su clemencia o equidad³³⁹.

Queda claro, con este relato de Toulmin, que la justicia de cadí, en su sentido proverbial (que es el que utiliza Weber), era eminentemente carismática, debía basar sus decisiones en razones de *equidad* (es decir, en criterios *generales* y *ajenos* al cadí) y, sobre todo, siguió siendo *definitiva* a pesar de la aparición del *ius civile* (la jurisdicción del emperador claramente era *superior* a la de los *pontiffs*)³⁴⁰. Se puede

³³⁸ Las palabras textuales de Toulmin son: “For the first three hundred years of Roman history, the system of law made no explicit use of this concept [el de “rule”]. The College of Pontiffs acted as the city’s judges, and individual pontiffs gave their adjudications on the cases submitted to them. They were not required to cite any general rules as justifications for their decisions. (...). In any such community [las de la Roma temprana] the functions of adjudication tend to be more arbitral than regulatory: like labour arbitrators today, the judges will not be as sharply bound by precedent as contemporary high court judges. (...) in which the balance of rights and obligations between the parties required the judgment call of a trusted and disinterested arbitrator. (...). This ruling will rest, not on the application of general legal rules, but rather on the exercise of judicial discrimination in assessing the balance of particulars. Thus initially, “pontificating” did not mean laying down the law in a dogmatic and ungrounded manner. Rather, it meant resolving marginal disputes by an equitable arbitration, and the pontiffs had the trust of their fellow citizens in doing so” (Toulmin, Stephen. “Equity and Principles”. En: *Ossgoode hall law review*, Vol. 20, N° 1, March 1982, pp. 5-6).

³³⁹ En los propios términos de Toulmin: “What followed the resulting proliferation of rules and laws [en la Roma imperial] is common knowledge. First, a functional differentiation grew between two different kinds of issues. On the one hand, there were issues that could be decided by applying general rules or laws, on the basis of the maxim that like cases be treated alike. On the other hand, there were issues that called for discretion, with an eye to the particular features of each case, in accordance with the maxim that significantly different cases should be treated differently. (...). Secondly, the Emperor Constantine decided as a matter of Imperial policy to bring equitable jurisdiction under his personal control by reserving the equitable function to his own personal Court and Chancellor. Out in the public arena, judges were given the dogwork of applying the general rules with only minimum of discretion. Once legal proceedings were exhausted, the aggrieved citizen could appeal to the Emperor as *parens patriae*, or “father of the fatherland”, for the benevolent exercise of clemency or equitable” (Toulmin, Stephen. Op. Cit., pp. 6-7). Tal como se verá más adelante, y lo reconoce el mismo Toulmin, esta división es el antecedente inmediato de la Equity inglesa y del “Court of Chancery”.

³⁴⁰ La primacía de la *aequitas* en el Derecho romano (temprano o imperial), de acuerdo con Uscatescu, se explica porque en realidad era uno de los conceptos centrales de toda la cultura romana. Es por ello que, tal como se verá más adelante, no sólo fue un instrumento jurídico para adecuar el *ius* a las circunstancias de los casos particulares, sino que en verdad fue “el fundamento” de todo el *ius civile* y, como tal, la *aequitas* dirigió y encauzó toda la práctica jurídica romana (su desarrollo y perfeccionamiento), especialmente ajustando el Derecho a la realidad (Cfr. Uscatescu Barrón, Jorge. Uscatescu Barrón, Jorge.

sostener, por tanto, que existe un vínculo indisoluble entre justicia de *cadí* y equidad y, por ello mismo, que nunca fue absolutamente imprevisible e irracional (al menos no, en el plano prescriptivo), desde que detrás de ella siempre hubo cierta “regularidad inviolable”, no formal ciertamente pero sí material: garantizar lo *equitativo* en el caso concreto. Pero no sólo hay un vínculo histórico entre justicia de *cadí* y equidad. Toulmin ofrece además una razón de índole moral para que los jueces-*cadíes* adopten a la equidad como su máxima –o criterio rector– de comportamiento *ético* y *profesional*: los requerimientos que la “ethics of intimates” impone, en el seno de nuestras sociedades contemporáneas, para la resolución adecuada de los conflictos interpersonales.

Efectivamente, partiendo de la distinción entre “ethics of intimates” y “ethics of strangers”, Toulmin dirá que en el trato con nuestros “próximos” o “cercaños” (parientes, amigos, socios, etc.), se espera que seamos tolerantes o condescendientes con sus preferencias y personalidades individuales y, por tanto, que hagamos el máximo esfuerzo por adecuar nuestro comportamiento a sus diferentes estados de ánimo y planes de vida³⁴¹. Por contraste, resaltará que en las relaciones con los “ajenos” o “extraños” (el vendedor del centro comercial, el barbero del hotel, el chofer del autobús o cualquier otro contacto casual), nuestra obligación moral tan sólo se limita a un “no hacer”, esto es, abstenernos de actuar ofensiva o violentamente³⁴². Es por ello que sostendrá que “in the ethics of strangers, respect for rules is all, and the opportunities for discretion are few”, mientras que “in the ethics of intimacy, discretion is all, and the relevance of strict rules is minimal”³⁴³. De esta forma, se puede decir que la “ethics of strangers” desde que nos impone deberes negativos (la máxima “no hacer daño a los terceros”), reclama igualación, generalización, dejar de lado las diferencias y, por tanto, exige la presencia de “reglas” (y, desde luego, que nuestra conducta se ajuste a ellas); mientras que la “ethics of intimates” desde que nos exige tener en cuenta las diferentes personalidades y preferencias de nuestros “íntimos”, además reclama discreción a fin de detectar nuestras diferencias y, sobre todo, actuar “equitativamente” en relación con las mismas (nos impone, pues, un “hacer”)³⁴⁴. ¿Y cuáles son las consecuencias de esta distinción para la actividad de juzgar?

“Acerca de un concepto romano: *aequitas*. Un estudio histórico-conceptual”. En: Cuadernos de Filología Clásica. Estudios Latinos, N° 5, Editorial Complutense, Madrid, 1993, pp. 73-76).

³⁴¹ Sus palabras exactas son: “in dealing with our children, friends and immediate colleagues, we both expect to, and are expected to, make allowances for their individual personalities and tastes, and we do our best to tailor our actions according to our perception of their current moods and plans” (Toulmin, Stephen. Op. Cit., p. 10).

³⁴² En sus propias palabras, “in dealing with the bus driver, the sales clerk in a department store, the hotel barber and the other such casual contacts, (...), our moral obligations are limited and chiefly negative, viz. to avoid acting offensively or violently” (Toulmin, Stephen. Op. Cit., p. 10).

³⁴³ *Ibidem*.

³⁴⁴ Cfr, Toulmin, Stephen. Op. Cit., pp. 10-12.

Se puede decir, siguiendo a Toulmin³⁴⁵, que si los jueces abordaran sus funciones exclusivamente bajo la lógica de las reglas, siempre estarían tratando a los gobernados conforme a la “ethics of strangers” (o de los completos extraños) y, como tal, estarían pasando por alto que en el manejo de los casos concretos muchas veces pierden centralidad las exigencias de tratamiento uniforme o, lo que es lo mismo, dejando de lado la información no tomada en cuenta por las reglas (que podría ser relevante, tal como se demostró en el punto 2.4). Y es que no es inusual que se presenten casos en los que es indispensable para su resolución adecuada, precisamente tomar en cuenta las diferencias entre las necesidades, personalidades, esperanzas, capacidades y ambiciones de las partes en disputa (las particularidades del caso concreto). En tal sentido, lo que se desprende de esta distinción es que la resolución adecuada de las controversias, en nuestras sociedades actuales, requiere de jueces que estén dispuestos a afrontar sus funciones también bajo la lógica de la “ethics of intimates” (o de los íntimos o cercanos) y, por tanto, que asuman que su conciencia jurídica material les exige *en último y definitivo término* atender equitativamente a todas las particularidades que se pudieran presentar en los casos concretos. La “ethics of intimates”, pues, nos lleva a la discreción judicial y, por supuesto, a la equidad.

Por ejemplo, en el punto 2.4.2, se planteó el caso de un trabajador que es despedido por haberse apropiado de los bienes de su empleador, a pesar de que *motu proprio* procedió a devolverlos (esto es, antes de que su falta laboral fuera advertida). Tal como se explicó en su momento, la legislación correspondiente prevé como falta grave que autoriza el despido la “apropiación consumada de los bienes del empleador” pero, y esto es clave, no toma en cuenta como dato fáctico relevante “la devolución de buena fe de lo sustraído”. Así, en este caso, si un juez fallara que el despido fue lícito simplemente porque “la Ley lo autoriza en los casos de apropiación consumada de los bienes del empleador” (y eso efectivamente sucedió), en buena cuenta estaría diciendo que *no es inequitativo*, a los efectos del despido, tratar del mismo modo al trabajador que “robó pero no devolvió” y al que “robó pero de buena fe devolvió lo sustraído”. Esto es, afrontando sus funciones exclusivamente según la “ethics of strangers”, estaría sosteniendo que lo éticamente correcto es tratarlos de manera uniforme (tal como lo hace la Ley). Simplemente atiende al hecho igualador (el robo) y deja de lado el que los diferencia (la devolución de buena fe). Por el contrario, si el juez de la causa declara que toda la información es relevante para resolver adecuadamente la controversia, entonces me parece que estaría abordando sus

³⁴⁵ Las palabras exactas de Toulmin son las siguientes: “I am suggesting, then, that a system of law that consists wholly of rule would treat all the parties coming before it in the ways appropriate to strangers. By contrast, in handling those legal issues that arise between parties who wish to continue as close associates on an intimate or familiar level, the demands of equality and rule conformity lose their central place. There, above all, the differences between the needs, personalities, hopes, capacities and ambitions of the parties to a dispute most need to be taken into account. Only an adjudicator with authority to interpret existing rules, precedents and maxims in the light of, and in response to, those differences will be in a position to respect all the equities of the parties involved” (Toulmin, Stephen. Op. Cit., p. 12).

funciones desde la “ethics of intimates” y, de esta forma, estaría sosteniendo que *lo equitativo* no es ofrecer el mismo trato en ambos supuestos (porque simplemente no son iguales).

Vistas así las consecuencias para el Juego de Juzgar de la distinción entre la “ethics of intimates” y la “ethics of strangers”, entonces ¿qué es lo que se está proponiendo como hipótesis para futuras investigaciones? Simplemente, que el comportamiento de los jueces al momento de afrontar sus funciones *debe estar* regido por la primera (es la que *debe* gobernar su conciencia jurídica material). Dicho de otro modo, que nuestros cadíes contemporáneos, al igual que sus antepasados, deben obrar según la “ethics of intimates” cuando las circunstancias así lo ameriten. Pero, ¿no se supone que los jueces deben ser “imparciales” al momento de ejercer sus funciones y, por tanto, limitarse a aplicar “ciegamente” las reglas jurídicas preexistentes? Ciertamente, como explica el mismo Toulmin, en nuestras relaciones con “extraños” la absoluta imparcialidad podría ser una exigencia moral de primer orden; pero, entre “próximos” o “cercaños” cierto grado de parcialidad no es inequitativo y, desde luego, tampoco antiético³⁴⁶. ¿Se está queriendo decir, entonces, que los jueces deben estar “parcializados”? De ninguna manera, siempre que se entienda por “imparcialidad” solamente el mantener equidistancia –o ajenidad– en relación con los intereses de las partes del proceso (un criterio eminentemente procesal)³⁴⁷. No se debe olvidar que “imparcialidad” no es lo mismo que “neutralidad valorativa”³⁴⁸ y, por tanto, que los jueces a pesar de tener claros compromisos morales, pueden seguir siendo imparciales frente a las partes del proceso³⁴⁹. ¿Qué es, pues, lo que se está sosteniendo? Simplemente que, en atención a las exigencias de la “ethics of intimates”, los jueces deben estar *moralmente comprometidos* –“parcializados” si se quiere– con asegurar lo equitativo en los casos concretos³⁵⁰.

³⁴⁶ Para él, un sistema moral que basa sus principios en el “velo de la ignorancia” (como el de Rawls), sin duda que podría ser justo pero, y esto es lo importante, sólo para las relaciones entre ajenos o extraños. Sus palabras textuales, son las siguientes: “In our relations with casual acquaintances and unidentified fellow citizens, absolute impartiality may be a prime moral demand. But among intimates a certain discreet partiality is, surely, only equitable, and certainly not unethical. A system of ethics that rests its principles on ‘the veil of ignorance’ may well be ‘fair’, but it will also be –essentially– an ethics for relations between strangers” (Toulmin, Stephen. Op. Cit., p. 10).

³⁴⁷ Cfr. Andrés Ibáñez, Perfecto. “Ética de la independencia judicial”. Op. Cit., p. 47.

³⁴⁸ Si la imparcialidad exige neutralidad es sólo a efectos de la toma de conocimiento del caso (la que podría llamarse como “neutralidad epistemológica”). Como dice Perfecto Andrés, supone “adoptar reflexivamente una posición de neutralidad (un verdadero no-saber del caso) en el punto de partida” (Andrés Ibáñez, Perfecto. “Ética de la independencia judicial”. Op. Cit., p. 51). Y, desde luego, esto no es incompatible con la toma de posición en el plano valorativo.

³⁴⁹ Uno de los engaños del pensamiento liberal ha sido, precisamente, presentar a la imparcialidad como neutralidad valorativa y, de esta forma, exigirle a los jueces no sólo que sean ajenos a las parte en conflicto (la imparcialidad), sino sobre todo que carezcan de cualquier compromiso moral y, por ende, que se abstengan de realizar juicios de valor en sus decisiones (la neutralidad) (Cfr. Barranco Avilés, María del Carmen. “Constitución, Derechos Humanos y Filosofía del Derecho: una teoría de la justicia para el constitucionalismo contemporáneo”. En: Anuario de Filosofía del Derecho, 2012, XXVIII, pp. 17-31). Esta idea, me parece, también es expresada por Josep Aguiló cuando denuncia “el prejuicio de la neutralidad valorativa” que, en su opinión, “durante mucho tiempo (...) ha llevado a la cultura jurídica a confundir la imparcialidad con la neutralidad” (Aguiló Regla, Josep. “Ética judicial y Estado de derecho”. Op. Cit., p. 80).

³⁵⁰ Presentar a la equidad como una exigencia de la “ethics of intimates” en el ámbito judicial, en mi opinión, la conecta con el “universalismo ético”; esto es, con aquel planteamiento que sostiene que los

Y si ello es así, lo que se está proponiendo es que los jueces, para ser realmente “imparciales”, como dice Habermas, deben preguntarse “si se han tenido adecuadamente en cuenta todos los aspectos relevantes de una situación dada” o, lo que es lo mismo, “si la descripción de la situación es adecuada y completa en lo que respecta a los intereses afectados”³⁵¹. Desde luego, esto no quiere decir que se debe dejar completamente de lado las exigencias provenientes de la “ethics of strangers”. Es evidente que la resolución adecuada de las controversias, muchas veces requiere simplemente que los jueces actúen plegándose *sin más* a lo dispuesto por los textos normativos, o bien porque los casos son idénticos, o bien porque habiendo diferencias son irrelevantes (éste sería el comportamiento ético deseable, por ejemplo, para hacer frente a los llamados “casos fáciles”). Lo único que se está afirmando es que en la “conciencia jurídica” del juez debe estar presente tanto la “ethics of strangers” como la “ethics of intimates”, en una relación similar a la de la “conciencia jurídica formal” con la “conciencia jurídica material”: la primera lo *debe* llevar a buscar la respuesta para el caso que está conociendo *en primer término* en los textos normativos, pero la segunda lo *debe* llevar a determinar si la controversia presenta ciertas “particularidades” que son relevantes y, conforme a las mismas, evaluar si las razones jurídicas le ofrecen o no una buena respuesta. Obrar conforme a la lógica de los íntimos, pues, podría llevarlo eventualmente a fallar conforme a la lógica de los extraños. Desde esa perspectiva, entonces, no son incompatibles pero ciertamente la primera tendrá preeminencia frente a la segunda³⁵². En mi opinión, esto es lo que la equidad requeriría de los jueces.

4.2 El papel de la equidad en el contemporáneo Juego de Juzgar.

Se ha señalado en el punto precedente que la justicia de cadí está vinculada desde su génesis –y moralmente– con la idea de equidad y, en lo que me interesa resaltar ahora, que el advenimiento de la Ley escrita (el *ius civile* en Roma) no le quitó centralidad o preponderancia en el juzgamiento. Es tan cierto esto que incluso Roscoe

juicios de valor, para estar justificados, deben basarse en principios válidos “para todas las vidas y en todas las situaciones” y que, como explica Barranco, “no es incompatible con aplicaciones diferenciadas de los principios y de las reglas que se justifican”, desde que “la igualdad no sólo no es incompatible con la aplicación de tratamientos diferenciados, sino que, por el contrario, en numerosas ocasiones la atención a la diferencia se presenta como una exigencia de igualdad” (Barranco Avilés, María del Carmen. “Constitución, Derechos Humanos y Filosofía del Derecho: una teoría de la justicia para el constitucionalismo contemporáneo”. Op. Cit., pp. 28-29).

³⁵¹ Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998, p. 585.

³⁵² En la lógica de Ross es un *hecho* que la conciencia jurídica material tiene *preeminencia* sobre la formal: “la conciencia jurídica material está presente en todas las decisiones. Si en la mayoría de los casos el juez decide dentro del campo de interpretación cognoscitiva, ello es signo de que su conciencia jurídica ha considerado posible aprobar la decisión, o en todo caso, no la ha hallado incompatible con lo “justo” o lo socialmente deseable, en un grado tal que hiciera necesario recurrir a algún expediente para liberarse de las ataduras legales. Si los postulados político-jurídico-morales de su conciencia jurídica hubieran llevado al juez a considerar que la decisión era inaceptable, éste habría podido también, mediante una argumentación adecuada, hallar la vía para una mejor solución” (Ross, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Op. Cit., p. 134).

Pound, un claro detractor de la justicia de *cadí*, tuvo que reconocer que en el seno de nuestros Estados contemporáneos se mantiene viva la tensión entre dos ideas sobre la administración de justicia: de un lado, la técnica o basada en las Leyes (la “justicia legal”) y, de otro, la discrecional o basada en la equidad (la “justicia sin ley”)³⁵³. Este último dato es relevante porque, precisamente en su relación “tensa” con la Ley, es cuando la reflexión sobre la equidad adquiere relevancia. Y es que, es más o menos obvio que la búsqueda de lo equitativo no supone un problema cuando de las “lagunas normativas” se trata: desde que hipotéticamente no hay estándar jurídico al cual dirigir la mirada *en primer término*, y los jueces siempre deben ofrecer una respuesta (es una de sus reglas de funcionamiento necesarias), difícilmente alguien estaría en contra de utilizar a la equidad como parámetro de juzgamiento para esos casos. No obstante, no es tan pacífica la situación cuando se trata de resolver “experiencias recalcitrantes” o, mucho peor, “lagunas axiológicas”; esto es, supuestos en los que a pesar de existir una solución estandarizada de antemano, los jueces consideran que dicha respuesta no es del todo satisfactoria.

La hipótesis de trabajo que quiero proponer es que, apelándose a la idea de equidad, es posible justificar la re-estandarización de un estándar *deficitario* (así la concibió Aristóteles) o, incluso, el dejarlo de lado y fijar uno nuevo (en la *aequitas* romana y en la *equity* inglesa se permite). Ello es así porque, también desde siempre, se ha tenido plena conciencia de las deficiencias o limitaciones de los textos normativos (especialmente cuando adoptan la forma de “reglas”), a fin de resolver adecuadamente los casos concretos, tal como veremos a continuación.

4.2.1 Las deficiencias de la Ley y el remedio llamado “Equidad”.

Tal como explica Pound, las leyes son reglas *generales* que se construyen sobre la base de hacer *abstracciones* y sin tomar en cuenta las múltiples especificidades que pudieran presentarse en los casos concretos (son soluciones estándar), razón por la cual están hechas para operar supuestamente de forma mecánica o automática (de ahí precisamente la idea del silogismo). Si ello es así, dirá Pound, desde que los mecanismos están lógicamente condicionados a actuar mecánicamente, resulta obvio que las leyes no están hechas para operar según los requerimientos específicos de los casos particulares (la estandarización presupone centrarse en *lo igual* y descartar *lo diferente*). En tal sentido, desde que las leyes teóricamente persiguen preservar y producir lo que es justo y correcto según una estimación *general*, es muy posible que

³⁵³ En palabras del propio Pound: “Everywhere we find two antagonistic ideas at work in the administration of justice –the technical and the discretionary. These might almost be called the legal and the anti-legal; with entire accuracy we may term them the legal and the pre-legal. For it we bear in mind that the object of law is the administration of justice, we see that that object may be accomplished, and often is, without law. (...), in archaic communities, past and present, justice without law is the normal type. Before the law, we have justice without law; and after the law and during the evolution of law we still have it under the name of discretion, or natural justice, or equity and good conscience, as an anti-legal element” (Pound, Roscoe. Op. Cit., p. 20).

se presenten casos en los que de aplicarse mecánicamente dichas generalizaciones, no se alcance una solución satisfactoria moralmente hablando (porque se requiere de una evaluación pormenorizada o, lo que es lo mismo, prestando atención a las diferencias)³⁵⁴.

Que las leyes son *en sí mismas* y por su esencia de carácter *general*³⁵⁵, y que ello es problemático, es algo de lo que nos alertó el propio Aristóteles cuando en la *Ética a Nicómaco* resaltó que “hay cosas que no se pueden tratar rectamente de un modo universal” pero, desafortunadamente, “toda ley es universal” porque “en aquellos casos, (...), en que es preciso hablar de un modo universal, (...), la ley toma en consideración lo más corriente”³⁵⁶. En la lógica de Aristóteles, pues, la ley inevitablemente fallará porque siempre será genérica (regula *casos-tipo* en atención a *lo corriente*) y, en la praxis, se van a presentar *casos concretos* que sólo pueden ser tratados *rectamente* de un modo *particular* o tomando en cuenta *lo excepcional*³⁵⁷. Según García Máñez, este yerro se debe a que el “*nómos*, como regla abstracta (...) es siempre general” y, como tal, “la ley es “una”, en tanto que los casos que regula (...) son siempre múltiples”; esto es, “aquel atributo –el de la generalidad– es precisamente “la causa” de que los *nómoi* no puedan nunca prever todas las peculiaridades o características de los hechos a que el juez debe aplicarlos”³⁵⁸. Dicho de otro modo, como explica Allen, las reglas legales “tiende[n] a establecer una generalización para un número indefinido de casos de cierta especie”, pero “ninguna generalización puede ser totalmente general [...porque...] el cálculo humano es imperfecto y la razón

³⁵⁴ En palabras de Pound: “We may say that laws are general rules recognized or enforced in the administration of justice. But the very fact that laws are general rules, based on abstraction and the disregard of the variable and less material elements in affairs, makes them mechanical in their operation. A mechanism is bound in nature to act mechanically, and not according to the requirements of a particular case. Common experience teaches us that, while laws tend to preserve and produce what is just and right in common estimation, cases occur in which, owing to its necessary mechanical operation, the moral law is violated and broken by the positive law. (...). This is the great objection to the substitution of law for judicial discretion. The more general rule, the greater is the tendency to error. But, on the other hand, the more guarded, qualified, and restricted the rule, the greater its complexity and the difficulties of its application” (Pound, Roscoe. Op. Cit., pp. 20-21).

³⁵⁵ Cfr. Gadamer, Hans-Georg. *Verdad y Método*. Salamanca: Sígueme, 1997, 7ma edición, Vol. I, p. 615.

³⁵⁶ Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. Op. Cit., p. 86, párr. 1137b.

³⁵⁷ Aunque Aristóteles habla indistintamente de generalidad y universalidad, es conveniente resaltar que técnicamente no son lo mismo. Como señala Atienza: “Importa también aclarar que universalidad no es lo mismo que generalidad. O sea, la universalidad no tiene que ver con el grado de generalidad de la norma. Una norma muy específica (aplicable a muy pocos casos) puede (debe) ser también aplicada de manera universal” (Atienza, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Op. Cit., p. 555). Esto es, en la lógica de Atienza, mientras que la generalidad es algo que se predica del *contenido normativo* (el *caso-tipo* que regula que puede ser amplio o, por el contrario, muy específico), la universalidad tiene que ver con el *sujeto* al que se dirige (el sujeto-clase). Más preciso incluso es Laporta que, en el plano del sujeto normativo, explica la diferencia entre universalidad y generalidad: “la universalidad de las normas (...) es una propiedad lógica de algunas formulaciones normativas [... y, por tanto...] tiene que ver con la forma lógica del enunciado normativo”, mientras que la generalidad de una norma se da, por su contenido, “cuando regula acciones-tipo o actos genéricos” y, por su sujeto, cuando “se dirige a una clase o tipo de destinatarios, y no a un destinatario individualizado”. ¿Y por qué hay confusión? Como explica Laporta, porque “las normas generales [por su sujeto] suelen formularse como normas universales [para todo “X” corresponde “Y”], pero ni esto es lógicamente necesario ni puede excluirse que una norma particular se revista de la formulación universal” (Laporta, Francisco. *El imperio de la Ley*. Op. Cit., pp. 87 y 89).

³⁵⁸ García Máñez, Eduardo. *Doctrina aristotélica de la justicia*. México DF: UNAM, 1973, p. 142.

humana limitada”, de forma que “la inexactitud de las generalizaciones, (...) se mostrará en un punto o en otro”³⁵⁹.

Queda claro, como dice Gadamer, que “la distancia entre la generalidad de la ley y la situación jurídica concreta que plantea cada caso particular es esencialmente insuperable”, desde que es imposible imaginar “una dogmática que contuviese al menos en potencia todas las verdades jurídicas en un sistema coherente”³⁶⁰. Así, pues, si los textos normativos fallan es porque “la distancia entre ley y caso parece absolutamente irresoluble”³⁶¹. Y lo es porque, siguiendo a Gadamer, se puede decir que la relación entre la Ley y el caso práctico al que se quiere aplicar, no es más que otro supuesto de la problemática relación entre “lo general” y “lo particular”. Como señala dicho autor, “comprender es, (...), un caso especial de la aplicación de algo general a una situación concreta y determinada”³⁶². Esto quiere decir, en el ámbito del saber jurídico, que pasar de los textos normativos (la Ley) a los casos prácticos es básicamente un problema de “comprensión”. ¿Y qué significa esto? Simplemente que determinar qué es lo que jurídicamente se exige en una situación concreta (comprender el caso práctico), supone ver la situación a la luz de lo que se exige en general (las Leyes). Y, por supuesto, “negativamente esto significa que un saber general que no sepa aplicarse a la situación concreta carecería de sentido, e incluso amenazaría con ocultar las exigencias concretas que emanan de una determinada situación”³⁶³. En tal sentido, si la Ley (supuestamente un saber general), en virtud de sus deficiencias ya señaladas, no es capaz de aplicarse adecuadamente en todos los casos prácticos que abarca (las situaciones concretas), entonces o bien *carecería de sentido* (porque no aportaría *nada* para la *comprensión* jurídica), o bien *ocultaría las exigencias* provenientes de los supuestos *concretos* si es que finalmente es aplicada a pesar de sus yerros (lo que nos llevaría a una *mala comprensión* jurídica).

¿Cómo, pues, se soluciona dicho problema? Precisamente, la función que en relación con la Ley siempre ha cumplido la equidad es la de ser el *salvavidas* del Derecho. Como explica Allen, “la equidad ha sido, (...), una especie de jurisdicción residual o complementaria, sin la cual el derecho se habría atrofiado fatalmente”³⁶⁴. Dicho de otro modo, en relación con el Derecho positivo, la noción de equidad aparece como la herramienta, el instrumento, para hacer frente a los inevitables defectos de los textos normativos derivados de su carácter genérico³⁶⁵. Ello es así porque, desde que no hay

³⁵⁹ Allen, Carleton Kemp. *Las fuentes del Derecho inglés*. Traducción de Antonio Ortiz García. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1969, pp. 555-556. Para Habermas, las leyes fallan inevitablemente porque “no tienen nunca una forma semántica tal ni tampoco una determinación tal, que al juez no le quede otra tarea que la de aplicar esas leyes de forma algorítmica” (Habermas, Jürgen. Op. Cit., p. 585).

³⁶⁰ Gadamer, Hans-Georg. Op. Cit., p. 613.

³⁶¹ Gadamer, Hans-Georg. Op. Cit., p. 613.

³⁶² Ibid., p. 383.

³⁶³ Ibid., p. 384.

³⁶⁴ Allen, Carleton Kemp. Op. Cit., pp. 554.

³⁶⁵ Como señala el mismo Allen en otro momento: “La equidad ha limitado el derecho como jurisdicción suplementario o residuaria. Esto ha sido necesario porque las normas legales son generalizaciones formuladas y como tales son necesariamente incompletas. La uniformidad absoluta no puede alcanzarse

—ni puede haber— fallo que no descansa en generalizaciones explícita o implícitamente llevadas a cabo por el juzgador³⁶⁶, se puede decir que la función de la equidad es, precisamente, ofrecerle a los jueces una “buena razón general” para evitar justificadamente la aplicación de una “mala regla general” y, de esta manera, salvar el sentido del Derecho como “saber general” que siempre permite resolver adecuadamente “lo particular”. La idea de equidad, pues, no prescinde de “criterios generales” sino, por el contrario, los presupone. De esta forma, la equidad aparece como el recurso para conectar el “saber general” llamado Derecho con la realidad empírica plasmada en los casos concretos y, como tal, posibilitar la comprensión jurídica de estos últimos siempre a la luz de lo se exige *en general*. En tal sentido, siguiendo a Pound, se puede sostener que la equidad implica la “intervención discrecional y razonable” en la mecánica de las reglas legales (las leyes), a fin de que siempre se obtenga “justicia” en los casos particulares³⁶⁷.

Esto quiere decir que, aun cuando habría empezado como un retorno hacia la “justice without law”, durante su desarrollo la equidad se convirtió en un sistema consistente en darle mayor espacio a la “judicial discretion” para la aplicación del Derecho y, sobre todo, en prestarle mayor atención a las circunstancias específicas de los casos particulares (esto es, mucho más de lo que el encaje mecánico en las reglas permitiría)³⁶⁸. La equidad, pues, presupone la presencia de leyes que, por su propia naturaleza, eventualmente fallarán (desde que no pueden prever “todo lo particular”) y, como tal, requiere a los jueces resolver esos posibles yerros a la luz, eso sí, de otro criterio general (y no de su propia conciencia): las exigencias de “lo equitativo” en el caso concreto. Esto quiere decir, entonces, que por *consideraciones de equidad* siempre estará justificado no plegarse sin más al estándar, si es que las circunstancias del caso particular demuestran que la Ley falla. Por supuesto, esto también significa que los jueces siempre tendrán que darle una *primera mirada* a la “justice according to law”, a fin de encontrar la solución para la controversia que están conociendo (¿cómo sino identificarían el yerro de la Ley?). Y si ello es así, resulta que la equidad viene a ser “el criterio” que permite compatibilizar las pretensiones del Juego de Legislar con la dinámica fáctica del Juego de Juzgar: exigirá a los jueces tomar a los textos normativos como las *razones primeras* para la decisión judicial. Desde luego, el problema sigue siendo: ¿cuándo la equidad autoriza *re-estandarizarlos* o, incluso, *dejarlos de lado*? Eso es lo que trataré en el siguiente punto.

en la actuación de ningún derecho, por muy bien expresado que esté, y a menos que se deje un margen para los casos extraordinarios, encontraremos que el *summum ius* es *summa iniuria*, y que el propósito esencial del ius se frustra por esta razón” (Allen, Carleton Kemp. Op. Cit., pp. 607-608).

³⁶⁶ Cfr. Laporta, Francisco. *El imperio de la Ley*. Op. Cit., p. 122.

³⁶⁷ En palabras de Pound: “reasonable modification of existing law is the fundamental idea of equity, and discretionary interference with the operation of general rules in order to do justice in particular cases was obviously the original theory” (Pound, Roscoe. Op. Cit., p. 21).

³⁶⁸ Como explica Pound: “Equity, then, started as a reaction towards justice without law and in its development became a system wherein the element of judicial discretion was given greater play, and the circumstances of particular cases were more attended to than the fixed of legal rules would permit” (Pound, Roscoe. Op. Cit., p. 22).

Antes de continuar, quiero tocar un último asunto: si la equidad supone construir “lo general” a la luz de “lo particular”³⁶⁹, ¿no nos llevaría al llamado “particularismo judicial” denostado por Laporta? La respuesta es afirmativa, si es que por el mismo debe entenderse “aquella posición que (...) afirma que, dados los errores inevitables que llevan consigo las generalizaciones de las (...) reglas jurídicas, es necesario para el juzgador descender a la consideración de las particularidades del caso concreto (...) para alcanzar una decisión razonable”³⁷⁰. Sin embargo, desde que la equidad implica siempre la presencia de “criterios generales” para vencer a las “malas reglas jurídicas generales”, entonces parece exagerado afirmar que “el problema del particularismo es que (...) prescinde de los valores de seguridad, certeza y predecibilidad”³⁷¹. Veamos, por ejemplo, el famoso caso de maternidad controvertida que le tocó resolver a Salomón. Aun cuando no aplicó regla jurídico-positiva alguna (porque no existían), sí se puede decir que utilizó al menos el siguiente criterio general *preexistente* al acto de juzgar: “la relación filial de todo niño *debe ser* con su madre biológica”. Si esto es correcto, no se podrá negar que dicho criterio, precisamente por ser *general*, sí era conocido *de antemano* por las dos mujeres litigantes. Y es que si ambas alegaban ser la madre biológica, era porque sabían que Salomón asignaría la tenencia del niño en función del mismo. En tal sentido, se puede sostener que si alguien presenta algún reclamo ante un juez-cadí, es porque entiende: (i) que hay un criterio general que ampara su pretensión (sea o no jurídico-positivo) y, sobre todo, (ii) que ese criterio debe ser compartido y utilizado por dicha autoridad. Si la equidad, pues, supone aplicar “criterios generales” de todos modos, entonces no parece ser cierto que nos lleva indefectiblemente a un modelo completamente impredecible e incierto de administración de justicia, al menos no más del que ya existe a pesar de la presencia de las reglas jurídicas generales.

4.2.2 La equidad como criterio para justificar la “colaboración crítica” y la “competencia” con el legislador:

Como se acaba de decir, la equidad es el instrumento que a lo largo de la historia se ha construido para superar las deficiencias de las reglas positivas y, de esta forma, evitar los peligros que ello entraña para el Derecho mismo. ¿Y cómo lo hace?, esto es, ¿cuál es su mecánica? Allen nos explica que la noción de la equidad, a fin de afrontar los yerros de las generalizaciones legales, “se ha mostrado en dos formas principales: 1) una interpretación liberal y humana del derecho en general, en tanto en cuanto ésta sea posible sin auténtico antagonismo con el mismo derecho, es la que puede

³⁶⁹ Radbruch expone esta idea claramente con los siguientes términos: “la justicia ve el caso singular desde el punto de vista de la norma general, la equidad busca en el caso singular su propia ley, que al mismo tiempo y finalmente debe tolerar su conversión en ley general, ya que, en fin de cuentas la equidad como la justicia es de naturaleza generalizadora. Así se manifiesta en la distinción entre justicia y equidad la distinción metodológica, (...), entre un desarrollo deductivo del derecho justo de preceptos fundamentales universales, y un conocimiento inductivo del derecho justo según la naturaleza de la cosa” (Radbruch, Gustav. *Filosofía del Derecho*. Granada: Comares, 1999, p. 41).

³⁷⁰ Laporta, Francisco. *El imperio de la Ley*. Op. Cit., p. 121.

³⁷¹ Laporta, Francisco. “Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas”. Op. Cit., p. 83.

denominarse *equidad en general*; 2) una modificación liberal y humana del derecho en casos excepcionales que no entran dentro del ámbito de la norma general –esto es lo que puede denominarse *equidad particular*³⁷² (las cursivas son del autor). En el mismo sentido se pronuncia Recaséns: “la equidad fue pensada como el modo de tratar aquellos casos singulares y excepcionales, que aunque en apariencia pudiesen erróneamente entenderse como cubiertos por las palabras de una ley, sin embargo no deben ser resueltos de acuerdo con esa ley, sino mediante los oportunos juicios de valor o estimaciones que emita el juez. Pero en un sentido más amplio, la equidad fue considerada como el método de interpretación de todas las leyes, de todas y cada una de las leyes, sin excepción”³⁷³. La equidad, pues, supone a la vez *interpretación* en todos los supuestos de aplicación de las reglas jurídicas incluyendo los casos más simples (la equidad en general)³⁷⁴ y, en lo que me interesa, *modificación* de los estándares contenidos en los textos normativos en supuestos *excepcionales* (la equidad particular). Desde que, como dice Allen, “es este último aspecto de la *equity*, el que plantea problemas más difíciles”³⁷⁵, es en el que me voy a centrar a continuación.

4.2.2.1 La equidad aristotélica: la re-estandarización justificada del estándar.

Un estudio serio sobre el rol de la equidad en el ámbito del Derecho, no puede prescindir de lo que al respecto dijo ya hace muchos años Aristóteles. Ello es así porque, aun cuando no es muy extenso, conjuga las ideas de Ley y Equidad de forma tan persuasiva que ha merecido la atención de innumerables autores, ya sea para oponerse a la vigencia de la última en el Derecho contemporáneo (como Laporta), ya sea para apoyar en ella sus posiciones sobre la argumentación jurídica (como Schauer, Atienza, Vega, etc.). El punto de partida, en todos los casos, son los siguientes párrafos de la Ética a Nicómaco:

“Porque lo equitativo, (...), es justo, (...). Lo mismo es, por tanto, justo y equitativo, y siendo ambos buenos, es mejor lo equitativo. Lo que ocasiona la dificultad es que lo equitativo es justo, pero no en el sentido de la ley.”

³⁷² Allen, Carleton Kemp. Op. Cit., pp. 554-557.

³⁷³ Recaséns Siches, Luís. *Introducción al estudio del Derecho*. Op. Cit., p. 241.

³⁷⁴ Recaséns, en su obra, se centra exclusivamente en este aspecto de la equidad. Y es que, para él, “el problema de la equidad no es el de “corregir la ley” al emplearla en determinados casos particulares. (...). No se trata de “corregir la ley”. Se trata de otra cosa: se trata de interpretarla razonablemente” (Recaséns Siches, Luís. *Introducción al estudio del Derecho*. Op. Cit., p. 239). Y centrándose ya en este aspecto, dirá: “(...) la única regla general en materia de interpretación es la de que el intérprete, y muy específicamente el juez, debe interpretar precisamente de la manera que lleve a la individualización *más justa* de la norma general, del modo que conduzca a la solución más justa entre todas las posibles. Es decir, la interpretación por *equidad* (...), no sólo en los casos excepcionales, en los que la norma que en apariencia se le antoja a uno como la pertinente, relacionada con el caso singular, extraordinario o excepcional, llevaría a un resultado incorrecto, injusto, improcedente, inadecuado; sino la interpretación por *equidad en todos y cada uno de los casos*, como *regla universal que debe ser observada siempre y sin excepción*. A esa interpretación por equidad, (...), se la debe llamar interpretación mediante la *lógica de lo razonable*, la cual siendo auténtica lógica, es sin embargo muy diferente de la lógica de lo racional silogístico o deductivo” (Recaséns Siches, Luís. *Introducción al estudio del Derecho*. Op. Cit., p. 216).

³⁷⁵ Allen, Carleton Kemp. Op. Cit., p. 557.

sino como una rectificación de la justicia legal. La causa de ello es que toda ley es universal, y hay cosas que no se pueden tratar rectamente de un modo universal. En aquellos casos, pues, en que es preciso hablar de un modo universal, pero no es posible hacerlo rectamente, la ley toma en consideración lo más corriente, sin desconocer su yerro. Y no por eso es menos recta, porque el yerro no está en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa, puesto que tal es desde luego la índole de las cosas prácticas. Por tanto, cuando la ley se expresa universalmente y surge a propósito de esa cuestión algo que queda fuera de la formulación universal, entonces está bien, allí donde no alcanza el legislador y yerra al simplificar, corregir la omisión, aquello que el legislador mismo habría dicho si hubiera estado allí y habría hecho constar en la ley si hubiera sabido. Por eso lo equitativo es justo. (...). Con ello queda también de manifiesto quién es el hombre equitativo: aquél que elige y practica esta clase de justicia y no exige una justicia minuciosa en el mal sentido, sino que sabe ceder aun cuando tiene la ley de su parte, es equitativo, y esta disposición de carácter es la equidad, que es una clase de justicia y no una disposición de otra índole”³⁷⁶ (el subrayado es mío).

De acuerdo con estas ideas, se puede sostener que un juez actuará *equitativamente* si: (i) detecta que la Ley, a causa de su inevitable generalidad, yerra en el caso que está conociendo porque, por su propia naturaleza, no puede ser tratado *rectamente* de modo general o simplificado (es decir, subsumiéndolo en el *caso-tipo* dirigido a un *sujeto-clase*); y, para resolver tal error, (ii) rectifica la solución estándar ofrecida por el legislador incorporando la información que omitió (desde que sólo tomó lo más corriente) y, en atención a ello, realiza lo que éste habría hecho de haberla tomado debidamente en cuenta³⁷⁷. En tal sentido, en la lógica de Aristóteles, desde que la equidad sirve para corregir los fallos de las Leyes escritas (suplir sus deficiencias), se puede sostener que cumple la función de conectar el Derecho positivo con la realidad o la praxis y, como tal, exigirá mirar: a) todas las circunstancias que rodean al caso concreto (y no sólo las que la ley tomó como relevantes para poder generalizar), b) cómo es la “cosa” siempre o la mayoría de las veces y no cómo es ahora (la naturaleza del caso práctico), y c) el “espíritu de la ley” (y no su “tenor escrito”) y, como

³⁷⁶ Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. Op. Cit., pp. 86-87, párr. 1137b-1138a.

³⁷⁷ Recaséns resume el planteamiento de Aristóteles sobre la equidad en los siguientes términos: “de los razonamientos de Aristóteles sobre la equidad, resultan claros los siguientes puntos: A) El legislador dicta sus normas generales teniendo a la vista determinados tipos de casos: los casos habituales, aquellos cuya consideración ha suscitado que la ley resultase elaborada como lo fue. B) Al dictar la norma, el legislador quiere que con ella se produzcan determinados efectos jurídicos respecto de los casos cuyo tipo ha previsto. C) El legislador dicta la norma que precisamente dicta y no otra, porque, anticipando mentalmente el efecto que ella va a producir sobre el tipo de casos que él ha previsto, estima que ese efecto es justo. D) Ahora bien, la vida plantea nuevos casos, respecto de los cuales el empleo de aquella norma general produciría efectos no sólo diferentes sino opuestos a aquellos efectos a los que la norma da lugar cuando se la usa para resolver los casos del tipo que el legislador tuvo a la vista. Entonces, es claro que no procede emplear la norma en cuestión para los nuevos casos que se presentaron, que son de un tipo diferente del tipo previsto por el legislador” (Recaséns Siches, Luís. *Introducción al estudio del Derecho*. Op. Cit., pp. 242-243).

tal, resolver el caso según lo que habría hecho el legislador de haber estado ahí³⁷⁸. De esta forma, y esto es lo más importante, para Aristóteles la equidad no supone “dejar de lado” al legislador o reemplazarlo, sino tomar la “cosa” según su naturaleza y resolverla tal como lo haría el propio legislador³⁷⁹.

Es conveniente dejar claro que las referencias que hace Aristóteles a la “naturaleza de la cosa”, que es fundamental para *corregir* al legislador, no supone que esté asociando la idea de equidad con alguna suerte de “Derecho natural inmutable”. Este dato es importante porque, para Jesús Vega, “la tesis de Aristóteles (...) es que la equidad es interna al derecho en cuanto institución práctica: la equidad va más allá de las reglas pero no del derecho, pues se refiere a los principios y éstos también forman parte del derecho (por más que reflejen valores externos)”³⁸⁰. Gadamer explica esta idea afirmando que, aun cuando Aristóteles “en el derecho positivo (...) no reconoce el derecho verdadero en sí mismo sino que, al menos en la llamada ponderación de equidad, ve una tarea complementaria del derecho”, no quiere decir que identifique a la equidad con la noción de un “derecho inalterable” que, en su lógica, se “limita expresamente a los dioses y declara que entre los hombres no sólo es alterable el derecho positivo sino también el natural”³⁸¹. Esto quiere decir, según Gadamer, que para Aristóteles “existen efectivamente imposiciones jurídicas que son por entero cosa de la convención (por ejemplo, reglas de tráfico como la de conducir por la derecha); pero existen también cosas que no permiten por sí mismas una convención humana cualquiera, porque “la naturaleza de las cosas” tiende a imponerse constantemente [...y...] en la medida en que la naturaleza de las cosas deja un cierto margen de movilidad para la imposición, este derecho natural puede cambiar”³⁸².

En Aristóteles, entonces, la “naturaleza de la cosa” alude, no a “la Moral correcta” (como sucede con la *aequitas* romana, como se verá a continuación), sino a una cuestión meramente *fáctica*: la situación concreta con todas sus particularidades (de ahí la referencia a la “índole de las cosas prácticas”). Es decir, son supuestos que admiten ser regulados por las convenciones humanas (es decir, las Leyes) pero tomando en cuenta sus *rasgos singulares* (porque “no se pueden tratar rectamente de un modo universal”). ¿Y qué sucede si las leyes los tratan de forma universal o uniforme? Claramente, en la lógica de Aristóteles, se “desnaturalizarían” o, lo que es lo

³⁷⁸ Cfr. Uscatescu Barrón, Jorge. Op. Cit., pp. 79-81.

³⁷⁹ Como explica García Máynez, en Aristóteles, “cuando el nómos resulta omiso a causa de su generalidad, lo que el juez hace, (...), es complementarlo, y resolver el caso imprevisto como el legislador lo habría resuelto, pues, de haberlo conocido, lo habría incluido en la ley” (García Máynez. Op. Cit., p. 143).

³⁸⁰ Vega, Jesús. “La actualidad de la equidad de Aristóteles. Doce tesis antiformalistas sobre el derecho y la función judicial”. En: Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, N° 29, 2014, p. 132. Como dice en otra parte del mismo trabajo, la “teoría del derecho de Aristóteles no es ni iuspositivista ni iusnaturalista. Tal interpretación se mantiene dentro de los marcos de la concepción del derecho que hoy llamamos “argumentativa”, “post-positivista” o “constitucionalista”, desarrollada en las última décadas por autores como Dworkin, Alexy, Nino o Atienza” (Vega, Jesús. Op. Cit., p. 117).

³⁸¹ Gadamer, Hans-Georg. Op. Cit., p. 390.

³⁸² Ibid., p. 391.

mismo, no estarían siendo tratados *rectamente*. Y, precisamente, ello es lo que se debe corregir apelando, no a la Moral correcta e inmutable (esto es, el Derecho natural), sino a “aquello que el legislador mismo habría dicho si hubiera estado allí y habría hecho constar en la ley si hubiera sabido”. En ese sentido, tal cual fue planteada la equidad por Aristóteles, resulta más o menos obvio que viene a ser la causa o el fundamento para la *colaboración crítica* con el legislador o, lo que es lo mismo, para la *re-estandarización* del estándar (pero no para *dejarlo de lado y fijar uno nuevo*).

Efectivamente, en atención al rasgo señalado en el párrafo precedente, Allen tajantemente dirá que la equidad en Aristóteles supone “seguir el espíritu del mismo derecho, haciendo lo que el derecho haría si hubiera previsto el caso particular”³⁸³. En el mismo sentido se pronuncia Falcón y Tella que explica que, en la *Ética a Nicómaco*, “la equidad no repele la ley, sino que existe al lado de la ley, corrigiéndola o completándola”³⁸⁴. Laporta es de la misma opinión cuando, a pesar de oponerse a la idea de equidad, señala que es evidente que “las consideraciones de equidad [en Aristóteles], se dan cuando la aplicación de una regla general a ese caso arroja un resultado que no parece satisfactorio [...] entonces se construye una solución quizá no prevista en la literalidad de la regla pero que no es contraria a ella [es decir, a la regla]”³⁸⁵. Por tal razón, es posible sostener que la equidad aristotélica “no es una infracción de la ley, sino su cumplimiento, porque la ley no es siempre la ley en sí”³⁸⁶; esto es, que “la equidad aristotélica invita sólo a “suplir” las insuficiencias de la ley, pero guiándose siempre por ella, y buscando encontrar lo que el legislador histórico que la creó habría querido de estar presente en el momento de aplicarla” y, como tal, que “el juez, (...), no debe sustituir al legislador [o competir con él], sino simplemente hacer de intérprete de lo que dicho legislador habría querido si en el momento de hacer la ley hubiese conocido el caso concreto al que había de ser aplicada”³⁸⁷.

De esas lecturas de Aristóteles, se desprende fácilmente que la Ley, antes que con su literalidad, se identifica con sus propósitos (lo que el legislador *quiso*) y, por tanto, que ésta falla cuando en un caso concreto se produce un desajuste entre ambos (entre lo que *se dice* y lo que *se quiere*). La equidad aristotélica, por tanto, implicaría la colaboración-crítica con el legislador: atendiendo a lo que éste quiso –y quiere– (la colaboración), se cuestiona lo que realmente dijo (la crítica). Y si ello es así, es evidente que esta manera de entender la equidad es la que está detrás de la tesis de Schauer sobre las “experiencias recalcitrantes”; es decir, aquella que afirma que las reglas jurídicas, precisamente por su generalidad, presentan problemas de

³⁸³ Allen, Carleton Kemp. Op. Cit., p. 564. Para este autor, en esta idea de Aristóteles “tenemos una primitiva anticipación del principio *la equidad sigue el derecho*” propia de la equity inglesa (Ibidem).

³⁸⁴ Falcón y Tella, María José. *Equidad, Derecho y Justicia*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005, p. 47.

³⁸⁵ Laporta, Francisco. *El imperio de la Ley*. Op. Cit., p. 119.

³⁸⁶ Falcón y Tella, María José. Op. Cit., p. 47.

³⁸⁷ Ibid., pp. 42-43.

subinclusión o *sobreinclusión* en los casos concretos y que, cuando ello sucede, deben resolverse atendiendo a los propósitos de la Ley, antes que al tenor literal³⁸⁸. Así lo entiende, por ejemplo, Jesús Vega cuando señala: “tenemos los casos que Schauer llama *suprainclusión* e *infrainclusión*, en donde la generalización de la regla contradice (...) su razón subyacente [... y en los que...] la justificabilidad de la regla exige que sea corregida (...). La razón es la señalada por Aristóteles: “porque el propio legislador la habría corregido si hubiera conocido el caso”; es decir, porque de otro modo quedaría comprometida la congruencia axiológica con los propósitos objetivos que justifican la decisión del legislador, (...). Si cabe hablar de excepciones (...) es, pues, porque están justificadas: porque amplían o restringen el alcance de la regla manteniendo incólumes al mismo tiempo los balances de valores adoptados por el legislador (...) a lo largo del curso cambiante de la práctica social. Por eso afirma Aristóteles que la equidad es la justicia que va más allá de la formulación escrita”³⁸⁹.

Claramente, pues, si la idea de equidad de Aristóteles tiene actualidad es porque, a fin de hacer frente a los problemas de *subinclusión* y *sobreinclusión* (los yerros de las reglas), justifica el pase del tenor literal a su propósito (su porqué). Siempre estará justificado, entonces, que el juez *por equidad* pase del texto normativo a la razón

³⁸⁸ En palabras de Schauer, “precisamente, como las reglas son generales, siempre existe un riesgo de que la generalización que contiene una regla no se aplique a un caso particular. (...), la regla podría catalogarse como *sobreincluyente*. La regla incluye o abarca instancias que la justificación subyacente no cubre, (...). En esos casos, el alcance de la regla es mayor que el de su justificación subyacente, y por eso decimos que la regla es *sobreincluyente*. En otras ocasiones, la generalización de una regla será *subincluyente*, por no alcanzar a instancias que sí abarcaría la aplicación directa de su justificación subyacente. (...). Lo importante es reconocer la manera en la cual aun en ejemplos relativamente indiscutibles como los del límite de velocidad, al menos *algún* grado tanto de sobre como de subinclusión es una parte inevitable de la dirección de las conductas humanas mediante reglas generales” (Schauer, Frederick. Op. Cit., pp. 42-43). Por lo demás, la conexión entre la equidad y la teoría de Schauer sobre la sub y sobreinclusión se hace evidente cuando, el mismo autor, manifiesta que “hacer lo correcto –tomar la decisión correcta– sin referencia a reglas, y quizás evitándolas, es la idea que luego desarrolló Aristóteles bajo el concepto de lo que ahora llamamos *equidad*. Aristóteles reconoció que las reglas (que él llamaba “ley”) eran necesariamente generales, y también que, como generalizaciones podrían, (...), dar lugar a malas soluciones en ocasiones específicas. Para Aristóteles, la equidad era una rectificación de la ley en la medida en que es deficiente por causa de su generalidad. (...)” (Schauer, Frederick. Op. Cit., pp. 132-133).

³⁸⁹ Vega, Jesús. Op. Cit., pp. 135-136. Para Atienza, los siguientes son los puntos de conexión entre la equidad aristotélica y las nociones básicas de la argumentación jurídica: “1) La idea de las razones subyacentes a las normas, que justifica apartarse de “lo justo en el sentido de la ley”, esto es, de una interpretación puramente literal que supondría ir en contra “de lo que el legislador habría dicho si hubiera estado ahí”: (...), lo que cuenta no son sólo las palabras de la ley, sino también los propósitos que las mismas persiguen; (...). 2) La derrotabilidad de las normas, como consecuencia de la necesidad de introducir excepciones, puesto que las normas, al tener el legislador que “hablar de modo universal”, tienen que ser “rectificadas” (“derrotadas”), ya que “hay cosas que no se pueden tratar rectamente de modo universal”. 3) La necesidad de la ponderación: el juicio equitativo viene a ser una consecuencia de ponderar el valor de la justicia legal (la seguridad, la certeza) con la justicia material (dadas las peculiaridades del caso concreto que se trata de juzgar); y aquí, por cierto, de la lectura del texto de Aristóteles resulta con claridad que esa ponderación no tiene en cuenta únicamente elementos de tipo fáctico (la “naturaleza de las cosas”), esto es, no es un procedimiento puramente casuístico, sino que con el mismo se da lugar a una nueva norma (que rectifica la anterior). 4) La necesidad, al establecer esas excepciones creando nuevas normas, de respetar el principio de “universalidad”, en cuanto las nuevas normas habrán de ser también universales (aunque menos generales que aquellas que rectifican): lo equitativo, nos dice Aristóteles, es también una forma de justicia (la equidad no pertenece a un género distinto al de la justicia), esto es, se basa también en la igualdad, en el trato igual a quienes están en las mismas condiciones” (Atienza, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Op. Cit., pp. 588-589).

subyacente y, de esta forma, falle conforme a la segunda³⁹⁰. Así, por ejemplo, si el legislador quiere darle al empleador la posibilidad de despedir a los trabajadores cuando cometan infracciones que hagan irrazonable la subsistencia del vínculo laboral (la razón subyacente que justifica la presencia de un catálogo de faltas graves), *por equidad* el juez no debería permitir el despido por “apropiación consumada de los bienes del empleador, con prescindencia de su valor” (el texto del estándar) si es que, a pesar de haberse producido la apropiación, el trabajador involucrado reparó de buena fe las consecuencias patrimoniales de su infracción (un supuesto de subinclusión)³⁹¹. Siguiendo la lógica de Aristóteles, *lo equitativo* sería declarar que dicho despido es ilícito porque, aun cuando está dentro del caso-tipo previsto de antemano, lo está porque la Ley es subincluyente y, como tal, debe ser corregida o re-estandarizada atendiendo a su razón subyacente. De esta forma, la doctrina aristotélica de la equidad entiende que está justificada la colaboración-crítica del juez con el legislador (o la re-estandarización del estándar), cuando en los casos prácticos lo que éste *dice* (la literalidad del estándar) no se condice con lo que *quiere* (el propósito del estándar).

¿Y qué sucede con los casos de competencia, es decir, en los que el juez opta por *dejar de lado* el estándar y *fijar uno nuevo* para resolver la controversia que está conociendo? Todo parece indicar que la doctrina aristotélica de la equidad no cubre estos supuestos. Y es que, como se acaba de decir, el yerro que se corrige es el de la literalidad del texto normativo pero el propósito, sea cual sea, se mantiene incólume. El recurso a la equidad, en Aristóteles, es un mecanismo en virtud del cual el juez *colabora-críticamente* con el legislador en la obtención de sus fines (recuérdese que la Ley se identifica con el propósito y no con su expresión lingüística). Pero, ¿qué sucede si el error sí está en la Ley o, lo que es lo mismo, si el propósito de ésta o su espíritu es el que nos lleva a una solución moralmente inaceptable? Aun cuando estaríamos ante una “mala ley descartable por tener un propósito deleznable”, lo cierto es que la equidad aristotélica no ofrece respuesta para estos casos. La solución, pues, hay que buscarla en otras concepciones sobre la equidad, tal como se verá a continuación.

4.2.2.2 La *aequitas* romana y la *equity* inglesa: la competencia justificada con el legislador.

De acuerdo con Schauer, si bien Aristóteles nos ofreció la idea de la equidad, dijo poco sobre cómo lidiar con aquellos casos en los que, de aplicarse las reglas jurídicas generales (según su propósito lógicamente), se daría lugar a malas soluciones³⁹². En

³⁹⁰ Como explica Vega, para Aristóteles, “el juez debe comprobar en cada caso la correcta aplicabilidad – esto es, la justificabilidad– de la regla relevante desde el punto de vista de sus principios subyacentes: es decir, debe verificar que su aplicación al caso, a la vista de las circunstancias, no contravenga o defraude los balances de valores o razones que mediante esa regla el legislador está tratando de promover” (Vega, Jesús. Op. Cit., p. 134).

³⁹¹ Cfr. Punto 2.4.2 de este capítulo.

³⁹² Cfr. Schauer, Frederick. Op. Cit., pp. 132-133.

otras palabras, ¿qué sucede si es el propósito o el espíritu de la Ley, el que nos lleva a una solución moralmente inaceptable?, ¿*debe* el juez aplicar la Ley de todos modos?, ¿no existe ningún remedio para hacer frente, desde el juzgamiento, a una Ley que tiene efectos perversos en el caso concreto, no porque sea sub o sobreincluyente, sino porque precisamente ese es su propósito? La hipótesis de trabajo que quiero proponer es que la equidad también ofrece razones para cubrir estos supuestos, aunque ciertamente no desde la concepción de Aristóteles³⁹³.

a) La *aequitas* romana.

Efectivamente, según el mismo Schauer, “la perspectiva más sistémica [sobre la equidad] se la debemos a Cicerón, y aún más a los romanos quienes, (...), desarrollaron la idea y las instituciones de la *aequitas*”³⁹⁴. Conforme al mismo autor, dicha institución se desarrolló para atenuar la inflexibilidad del Derecho romano, “muy formal y extremadamente preciso”, en el que “el desvío más leve de las exigencias rígidas y técnicas de las leyes eran fatales para un demandante que de otro modo tendría éxito”³⁹⁵. ¿Y cómo operaba? Siempre según Schauer, “los magistrados romanos –los *praetors*– contaban con una jurisdicción especial para corregir los males provocados por la aplicación rígida del derecho escrito, y al hacerlo tenían el poder tanto de agregar soluciones cuando el derecho formal no las había previsto y negarse a otorgar las ofrecidas por él cuando aplicarlas generaría una injusticia”³⁹⁶. Es en este último aspecto de la *aequitas* en el que quiero abundar, desde que tengo la impresión de que “negarse a aplicar el estándar” es diferente a “corregir el estándar” (la concepción aristotélica de la equidad).

Para entender cabalmente la idea de equidad en Roma, en especial su relación con el Derecho positivo, es imprescindible detenerse en Marco Tulio Cicerón. En su tratado sobre “Las leyes”, Cicerón afirma que “si el derecho se fundase en los mandatos de los pueblos, en las órdenes de los gobernantes, en las sentencias de los jueces,

³⁹³ Resulta curioso, por decir lo menos, que este problema no tenga solución en Aristóteles, desde que el estagirita sí aborda la cuestión de la “justicia distributiva”. Y es que, para él, “si lo injusto es desigual, lo justo es igual, [...] y como tal...], lo justo será un término medio e igual, relativamente a algo y a algunos [...] de tal forma que...] si no son iguales, no tendrán partes iguales, de lo contrario vienen las disputas y reclamaciones, cuando o los que son iguales no tienen o reciben partes iguales, o los que no son iguales tienen y reciben partes iguales”. Por tal razón, dirá que “lo justo es, pues, una proporción (...), es lo justo en la distribución, y esta justicia es un término medio, y lo injusto lo que es contra lo proporcional, porque lo proporcional es un término medio y lo justo es proporcional. (...). Lo justo es, pues, esto: lo proporcional, y lo injusto, lo que va contra lo proporcional” (Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. Op. Cit., pp. 74-75, párr. 1131b). Si la justicia distributiva es tal como Aristóteles la describe, ¿qué pasaría si es una Ley la que atenta contra la “proporción” en la distribución de los recursos y, como tal, le otorga a los que *son desiguales partes iguales* o a los que *son iguales partes desiguales*? Todo parece indicar que, en su planteamiento, el juez no podría corregir esta clase de defectos porque “no está investido del poder de dictar leyes, sino sólo del de aplicarlas al caso concreto en litigio, del de “restablecer la legalidad”, a través de la justicia “correctiva”, pero sin competencias en la justicia “distributiva”, que corresponde al gobernante” (Falcón y Tella, María José. Op. Cit., p. 43).

³⁹⁴ Schauer, Frederick. Op. Cit., p. 133.

³⁹⁵ Ibidem.

³⁹⁶ Ibidem.

habría derecho a robar, cometer adulterio, a falsificar testamentos³⁹⁷, razón por la cual “el derecho ha de ser buscado y cultivado por sí mismo”, tomando en cuenta que “todos los hombres buenos aman por sí misma la equidad (...) y no es propio de un hombre bueno equivocarse y amar lo que por sí no deba ser amado”³⁹⁸. Así, en la lógica de Cicerón, al ser la equidad lo que se “ama por sí mismo”, viene a ser la esencia del Derecho *verdadero*, el que debe ser valorado “por sí mismo”. Es por ello que, más adelante, sostendrá que “la ley verdadera y primordial, adecuada para mandar y para prohibir es la recta razón de Júpiter supremo”³⁹⁹ (sería la fuente de la equidad), de forma que “las que fueron redactadas para los pueblos de formas diversas y según las necesidades del momento, reciben el nombre de leyes más por un buen deseo que por la realidad” y, peor aún, “quienes redactaron imposiciones dañosas e injustas para los pueblos, al actuar en contra de lo que prometieron y profesaron, promulgaron cualquier cosa menos leyes, de manera que se puede ver claramente que en la misma interpretación de la palabra “ley” está incluida la esencia y el sentido de la elección de lo justo y lo verdadero”⁴⁰⁰. Resulta claro, entonces, que para Cicerón existe una estrecha relación entre Derecho verdadero y equidad (la justicia) y, sobre todo, que las “leyes” para ser tomadas como tales deben ser conformes con la última.

Visto de esa manera el pensamiento de Cicerón sobre el Derecho *verdadero*, todo parece indicar que, desde su perspectiva, habría una clara conexión entre Derecho positivo (el *ius civile*) y Moral (se podría decir que *conceptual*), en la que esta última tiene clara primacía sobre el primero y, sobre todo, se identifica con las exigencias provenientes de la equidad (“la recta razón de Júpiter supremo”). Es por ello que, siguiendo a Uscatescu, se puede decir que la *aequitas*, en Cicerón, era un concepto *filosófico* plenamente vinculado con el de justicia que, además de ser “el fundamento” del *ius civile* (en tanto *ley justa*), era sobre todo la *fuentes última* de todo el Derecho romano. Vale decir, la *aequitas* era diferente del *ius civile* pero, al igual que éste, también era Derecho (sólo que “el verdadero”). No parece exagerado, entonces, afirmar que Cicerón entendía que lo equitativo era adecuar las cosas al Derecho, es decir, a la ley escrita (el *ius civile*) pero sobre todo a la *aequitas*⁴⁰¹, de forma que esta última viene a ser “el derecho natural al que se acude para aumentar y corregir el derecho positivo existente”⁴⁰². Si todo esto es correcto, Cicerón estaría ofreciendo una definición iusnaturalista ontológica del Derecho en la que el espacio y función del

³⁹⁷ Cicerón, Marco Tulio. *Las leyes*. Traducción, introducción y notas de Carmen Teresa Pabón de Acuña. Madrid: Gredos, 2009, p. 57.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 59.

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 75.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, pp. 75-76.

⁴⁰¹ Cfr. Uscatescu Barrón, Jorge. *Op. Cit.*, pp. 81-84.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 93. Precisamente ese carácter de Derecho natural es el que explica por qué “en un sistema tan absoluto, amplio y explícito como el romano, especialmente tal como fue codificado por la autoridad del supremo legislador”, estaba “tan firmemente enraizado el concepto de *aequitas* o *aequum et bonum*” (Allen, Carleton Kemp. *Op. Cit.*, p. 568).

“Derecho natural”, lo ocupa la “equidad”⁴⁰³. Y es que, como resalta Pabón de Acuña, Cicerón “hace ver lo absurdo que resulta que unas instituciones, o una mayoría de ciudadanos, sean quienes decidan lo que es justo o injusto” y, como tal, “sostiene la existencia de un derecho superior de signo universal (...), que habría de llamarse con el tiempo *ius naturale*”⁴⁰⁴.

Debe tenerse en cuenta que, tal como explica Bonfante, en el Derecho romano se entendía que había: (i) normas e instituciones jurídicas que, por ser consecuencia *directa* y responder exactamente a la fuente *suprema* del Derecho (a saber, la conciencia y las necesidades sociales), eran siempre “justas” o conformes a la “aequitas” (el *ius naturale*); y, en mucha mayor cantidad, (ii) normas positivas que, por ser anticuadas o por la imperfección de los medios a disposición del legislador, no respondían necesariamente a la fuente *suprema* y, como tal, no eran necesariamente “justas” (el *ius civile*)⁴⁰⁵. Y si ello es así, no resulta difícil comprender por qué, apelando a la aequitas, la autoridad correspondiente podía “negarse a aplicar” algún estándar proveniente del *ius civile* que, a su criterio, transgrediera lo equitativo en el caso concreto. Al igual que en todos los iusnaturalismos que ha conocido la historia, en el Derecho romano también se habría entendido que “el Derecho positivo [el *ius civile*] se encuentra en relación de inferioridad con respecto al Derecho natural [la *aequitas*] en la medida en que la validez del primero, es decir, su consideración como Derecho, depende de la adecuación del mismo a los contenidos del Derecho natural”⁴⁰⁶. Y lógicamente, si éste último era la *aequitas*, entonces los órganos de aplicación del *ius civile* tenían una razón poderosa para “dejarlo de lado”, si las circunstancias así lo requerían⁴⁰⁷. El Derecho natural llamado *aequitas*, pues, habilitaba la competencia con el legislador (era la fuente *suprema* del Derecho)⁴⁰⁸.

⁴⁰³ Es por ello que Iglesias dirá que, en Roma, con el término “aequitas” se expresaba la necesaria “adecuación del Derecho positivo a los hábitos, costumbres, sentimientos e instintos morales e intelectuales arraigados en la conciencia colectiva” (Iglesias, Juan. *Derecho romano*. Barcelona: Ariel, 2002, 14va edición, p. 58). Sobre las tesis iusnaturalistas del “objetivismo moral” y de la “conexión conceptual” entre Derecho positivo y Moral, Cfr. Dorado Porras, Javier. Op. Cit., pp. 51-59.

⁴⁰⁴ Pabón de Acuña, Carmen Teresa. “Introducción”. En: Cicerón, Marco Tulio. *Las Leyes*. Op. Cit., p. 17.

⁴⁰⁵ Cfr. Bonfante, Pedro. *Instituciones de Derecho romano*. Madrid: Reus, 2002, 5ta edición, pp. 17-22.

⁴⁰⁶ Dorado Porras, Javier. Op. Cit., p. 56.

⁴⁰⁷ No debe olvidarse que, como explica Dorado, “frente a la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, el iusnaturalismo ontológico maneja la tesis de la vinculación entre Derecho y moral, con lo que la validez del Derecho positivo se vincula con la justicia o injusticia del mismo. Sólo las normas que sean justas —es decir, conformes al Derecho natural— serán auténtico Derecho” (Dorado Porras, Javier. Op. Cit., p. 59).

⁴⁰⁸ No debe olvidarse que, para Cicerón, “la esencia de la magistratura consiste en gobernar y dictaminar lo que es recto, útil y conforme con la leyes [esto es, con las “reales”]” (Cicerón, Marco Tulio. Op. Cit., p. 116). Esto explica porque, en su discurso en defensa de Annio Milón, alegará la existencia “de una ley no escrita, ciertamente innata, que, más que aprenderla, la hemos asimilado porque arranca de la propia Naturaleza; la imitamos y seguimos, no como doctrina, sino de hecho; aun sin estar en formalizado, tenemos inculcado que, ante una amenaza de grave riesgo frente a las armas de bandidos o enemigos, cualquier medio de conservar la vida es honorable” y, como tal, “que es lícito matar a quien atenta con violencia” (Cicerón, Marco Tulio. *Tres discursos jurídicos*. Edición y traducción de José María Royo Arpón. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 29).

Desde luego, al igual que cualquier otra concepción iusnaturalista, esto generó la necesidad de identificar a la *aequitas* con ciertos contenidos de justicia⁴⁰⁹. ¿En qué consistía, entonces, la equidad romana? La *aequitas*, según Uscatescu, tiene sus orígenes en la *bonum et aequum* de la Roma primitiva que, en sentido amplio, se vincula con *lo razonable* o lo que se ajusta a lo correcto⁴¹⁰. En este primer momento, la *aequitas* no aparece como criterio de interpretación o rectificador de la ley escrita, sino como su complemento. Y es que, en esa época, “la legislación era escasa y la práctica jurídica quedaba al libre albedrío y sopesamiento de jueces y magistrados”⁴¹¹. Es por eso que, en los inicios, la equidad consistía en evaluar las circunstancias del caso concreto con aquello que se tenía por lo justo⁴¹². ¿Y con el advenimiento del *ius civile*, desapareció el recurso a la equidad? En opinión de Uscatescu, “no se eliminó del todo la consideración jurídica medida impregnada de esa virtud, entonces innominada, llamada *aequitas*”⁴¹³. Simplemente porque, desde temprano, la jurisprudencia, los peritos en Derecho y el Pretor se dieron cuenta de que el *ius civile*, a pesar de pretender lo contrario, no era capaz siempre de ajustarse a las circunstancias concretas de cada caso. Es por eso que, ya en esa época, el Pretor tenía la posibilidad de conocer las causas que originan los litigios, no para dictar sentencia, sino para examinar sus circunstancias concretas a la luz de *lo igual*, esto es, de la idea del reparto equitativo entre las partes en conflicto. En la época del *ius civile*, la *aequitas* ya en manos del Pretor, adquirió la fisonomía de la repartición justa, del restablecimiento de lo igual tras una situación de desigualdad o iniquidad⁴¹⁴.

En tal sentido, se puede afirmar que, por su contenido, la *aequitas* romana “supone un igualamiento: el derecho debe ser igual para todos no reconociendo ni estamentos ni privilegios” y, yendo más allá, “consiste en dar a cada uno lo suyo de acuerdo con los méritos de cada uno”⁴¹⁵. La equidad en Roma, pues, implicaba “igualdad ante la ley” y, en lo que resulta más interesante, ofrecía un criterio de justicia distributiva; aunque, como explica Uscatescu, no suponía una “*aequabilitas* o allanamiento de todas las diferencias” porque, en la concepción de Cicerón, “en un gobierno justo que vele por los intereses generales cada uno debe tener lo que le corresponde, ni más ni menos, sin que nadie pretenda una *aequatio* o reparto de los bienes”⁴¹⁶. La equidad romana

⁴⁰⁹ Todo iusnaturalismo, ontológico o deontológico, defiende que “es posible enunciar una determinada moral correcta, conforme a la cuál puede calificarse algo como moralmente correcto o incorrecto, es decir, como justo o injusto” (Dorado Porras, Javier. Op. Cit., p. 57).

⁴¹⁰ Cfr. Uscatescu Barrón, Jorge. Op. Cit., p. 84.

⁴¹¹ Ibid., p. 87.

⁴¹² Cfr. Uscatescu Barrón, Jorge. Op. Cit., p. 87.

⁴¹³ Ibidem.

⁴¹⁴ Cfr. Ibid., p. 88. Iglesias explica que, en el Derecho romano, si habían cuestiones “que la ley [el *ius civile*] deja sin contestar, sea por su defectuosa dicción, sea por su angostura formal, sea porque el espíritu de los nuevos tiempos la ha agotado y envejecido”, entonces “interviene la *aequitas*, restableciendo la justa proporción, el exacto equilibrio entre Derecho y vida” (Iglesias, Juan. Op. Cit., p. 58).

⁴¹⁵ Uscatescu Barrón, Jorge. Op. Cit., p. 94.

⁴¹⁶ Ibid., p. 95. Al respecto, Falcón y Tella dirá que “no se nos oculta el significado de la equidad ciceroniana como igualdad, como dar igual tratamiento a lo que es igual, amparar de manera semejante lo que es semejante, pero esto no es toda la equidad, (...). La equidad se identifica con el principio ético,

era igualdad, sí, pero no igualitarismo⁴¹⁷. Pero, en mi opinión, lo más importante de ésta no reside en su contenido sino en la función que cumplía: “la *aequitas* actúa, (...), como criterio para la crítica al *ius civile* existente, incapaz de contemplar nuevos supuestos o ciego para determinadas circunstancias, (...), y como consecuencia de su identificación con el derecho natural, se convierte en el principio configurador del derecho positivo, que no es autónomo en cuanto a los principios que rigen su evolución”⁴¹⁸. Es por ello que se entendía que la misión del pretor, guiándose por la *aequitas*, era la de ayudar, suplir o corregir el *ius civile* (específicamente, introduciendo cambios) y, de esta forma, abrir nuevas vías para que se pudiese iniciar un proceso donde antes no lo había⁴¹⁹.

Queda claro, entonces, que la *aequitas* otorgaba una gran variedad de poderes a la autoridad que la tenía en sus manos, dentro de los cuales estaba el de introducir cambios o modificaciones en el *ius civile*, a la luz de “lo igual”. Desde luego, como se dijo páginas más arriba, este poder extraordinario no recaía en los jueces ordinarios (solamente lo tenía el Pretor y luego el Emperador)⁴²⁰. Los *pontiffs*, apelando a la *aequitas*, solamente podían interpretar la ley, no aferrándose a su letra, sino rescatando su verdadero sentido, su espíritu (la llamada “*mens constitutionis*”) y, según ese resultado, recién aplicarla a las circunstancias particulares del caso en cuestión⁴²¹. Dicho de otro modo, al igual que en la equidad aristotélica, debían adecuar el texto de la ley a las exigencias de su propia intención. No obstante, lo relevante es que en Roma se instituyó una *jurisdicción especial*, superior a la ordinaria (estaba en manos del Pretor o del Emperador), que examinaba los casos particulares sobre la base de la noción de “*aequitas*” y que, pudiendo incluso modificar o cambiar el *ius civile*⁴²², perseguía garantizar ciertas consideraciones “naturales” sobre justicia distributiva (manejaba una concepción sobre “lo igual” y el reparto de recursos)⁴²³. De

con la justicia, con el “*aequum et bonum*”, con el “*aequare*”, como acto de dar a cada uno lo suyo” (Falcón y Tella, María José. Op. Cit., p. 63).

⁴¹⁷ Por su contenido, la *aequitas* romana “se trata de un Derecho “nivelador”, igualitario, igual para latinos y griegos, ciudadanos y extranjeros, libres (...) y esclavos liberados, patricios y plebeyos, para las “*res mancipi*” y las “*res nec mancipi*”, para los parientes cuyo parentesco estaba fundado en la voluntad del “*pater familias*” –“*agnatio*”– y los parientes por vínculos consanguíneos –“*cognatio*”–. Esta operación igualitaria, tendente a suprimir las segregaciones y la discriminación, en suma, las distinciones abstractas, se llama *aequitas*” (Falcón y Tella, María José. Op. Cit., p. 53).

⁴¹⁸ Uscatescu Barrón, Jorge. Op. Cit., p. 94.

⁴¹⁹ Cfr. Ibid., p. 96. Incluso, en la época del emperador Constantino, la *aequitas* pasó a ser el criterio *corrector* del viejo *ius civile* a fin de adecuarlo a las nuevas exigencias del cristianismo (Cfr. Ibid., p. 98).

⁴²⁰ Como explica Falcón y Tella, el Pretor tenía en sus manos el “*ius Gentium*” que “era entendido entonces como el conjunto de institutos establecidos “*peregrinorum causa*”, más simples que el antiguo “*ius civile*” y basados más bien en la “*aequitas*” y en las “*fides*” de las partes que en formalidades solemnes” (Falcón y Tella, María José. Op. Cit., p. 52).

⁴²¹ Cfr. Uscatescu Barrón, Jorge. Op. Cit., pp. 99-100.

⁴²² Por ejemplo, como resalta Allen, fue debido a la *aequitas* que, en la jurisprudencia romana, “triunfó (...) la idea natural de parentesco de sangre sobre la idea artificial de la agnación”; triunfo que no fue menor si se toma en cuenta “cuan profundamente patriarcal era esta sociedad [la romana] en su origen y estructura” (Allen, Carleton Kemp. Op. Cit., pp. 569-570).

⁴²³ La competencia con el legislador, como explica Radbruch, se deriva del deber del pretor de restablecer la equidad cuando el “*summum ius*” se convierte en “*summa iniuria*”, garantizando “*ex aequo et bono*, el derecho de demanda (...) a aquel que buscaba la justicia allí donde el Derecho civil se la negaba” (Radbruch, Gustav. *El espíritu del derecho inglés*. Traducción de Juan Carlos Peg Ros. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2001, p. 51).

esta forma, se puede decir que en Roma cabía la posibilidad de que el juzgador, el de la jurisdicción especial, sí compitiera con el legislador: la *aequitas*, en tanto Derecho natural, le otorgaba tal posibilidad⁴²⁴.

b) La equity inglesa.

En el Derecho inglés, la idea de equidad ha adquirido una connotación técnica y normalmente se le considera una jurisdicción completa y diferente de los principios del common law⁴²⁵. Una lectura común de la noción inglesa de la *equity*, como la manejada por Roscoe Pound, es que simplemente consiste en la corrección de la ley cuando, a causa de su generalidad, deviene en deficitaria⁴²⁶. Es decir, que no sería diferente a como la concibió en su momento Aristóteles y, por tanto, no daría cobertura a los supuestos de competencia entre juez y legislador. De este consenso, también da cuenta Hohfeld cuando, en un magnífico trabajo sobre la equidad, empieza exponiendo la posición de otros autores sobre la supuesta relación armónica (o no competitiva) existente, en el mundo anglosajón, entre Law y Equity.

Por ejemplo, cita a Maitland quien afirmará que “the relation between the rules of equity and the rules of law, (...), was not one of conflict”⁴²⁷. Y no sería conflictiva porque, para Maitland, “Equity had come not to destroy the law, but to fulfil it. Every jot and every tittle of the law was to be obeyed”⁴²⁸. La equidad inglesa, pues, no supondría dejar de lado el Derecho positivo (esto es, “destruirlo”), sino obedecerlo escrupulosamente (“cada pizca y ápice” del mismo según Maitland). También cita a Langdell que sostendrá que la “equity is a great legal system, which has grown up by the side of the common law, and which, while consistent with the latter, is in a great measure independent of it”⁴²⁹. Es decir, aunque siendo independientes, no serían

⁴²⁴ Esto queda claro cuando Allen explica la oposición que el recurso a la *aequitas* despertaba en algunos juristas romanos: “Podemos estar seguros que llamadas disimuladas a la naturalis *aequitas* no eran más desconocidas en los tribunales romanos que en los tribunales griegos; y, a veces, escuchamos vigorosas protestas contra las libertades para con las disposiciones expresas de la ley. Por ejemplo, uno de los discursos de Quintiliano (...), aclara de manera interesante los métodos que, a veces, se adoptan para evadir la muy clara disposición de la Lex Voconia de que una mujer no podía recibir por medio de legado más de la mitad de los bienes de su marido a la muerte de éste. (...). “Hoy día”, dice el orador, “Hay una tribuna de ingeniosos pleiteantes que nos interpretarían este estatuto. No significa, afirman ellos, lo que dice. (...) antes de estudiar el propósito de este estatuto, únicamente tengo que hacer la advertencia al Tribunal de que esta especie de pretendida “interpretación” es ampliamente equivocada. Porque si el Tribunal ha de estar siempre dedicándose a volver al revés las leyes para descubrir lo que es justo, equitativo y conveniente; entonces sería mejor que no hubiera estatuto alguno. Sin duda hubo un tiempo en que el derecho no era más que una especie de justicia nativa. Pero, como la justicia clamaba a las diferentes mentes de diferentes maneras, y era, por tanto, imposible decidir con certidumbre lo que debía ser, se estableció una forma definida de derecho para gobernar nuestras vidas. Los realizadores de las leyes expresaron esta forma de manera explícita: y si a cualquiera se le permite cambiarla y adaptarla a sus propios propósitos, toda la fuerza y finalidad del derecho desaparece. Más vale que no tengamos ninguna ley, que tener leyes inciertas” (Allen, Carleton Kemp. Op. Cit., pp. 574-575).

⁴²⁵ Cfr. Allen, Carleton Kemp. Op. Cit., p. 576.

⁴²⁶ Cfr. Pound, Roscoe. Op. Cit., p. 23.

⁴²⁷ Hohfeld, Wesley Newcomb. “The relations between Equity and Law”. En: Michigan Law Review, Vol. 11, N° 8, jun. 1913, p. 541.

⁴²⁸ Ibid., p. 542.

⁴²⁹ Ibidem.

inconsistentes entre sí porque “equity cannot therefore, create personal rights which are unknown to the law (...) nor can it impose upon a person or a thing an obligation which by law does not exist (...)”⁴³⁰. Amparándose en la equidad, entonces, a nadie se le podría asignar algún derecho o imponer alguna obligación desconocida o inexistente en el Derecho. De lo contrario, según Langdell, “would be to say that equity is a separate and independent system of law, or that it is superior to law”⁴³¹, tal como se le entendía en Roma.

Se puede decir, por tanto, que la idea común sobre la equity inglesa es que no es un sistema jurídico separado e independiente y, mucho menos, superior al Derecho positivo (que en el mundo anglosajón es el *common law*). No obstante, Hohfeld discrepa de esa posición. Para él, ciertamente muchas de las reglas de equidad son compatibles con las reglas jurídicas (lo que no supone ningún problema) pero, y esto es lo importante, también hay muchas que entran en conflicto con las segundas (es decir, que entran en *competencia*) y, cuando eso pasa, las anulan o niegan por una cuestión de fondo (lo que quiere decir que son jerárquicamente *superiores*)⁴³². Ello se debe a que, para este autor, la equidad tiene una clara posición dentro de la estructura del Derecho anglosajón (que, a estos efectos, sería similar a la relación entre *aequitas* y *ius civile* del Derecho romano): el Derecho, en sentido amplio, estaría verticalmente dividido en su interior entre “common law” (el Derecho en sentido estricto) y “equity”. Mientras que el primero habría sido desarrollado por las “courts of law” o “common law courts”, la segunda lo habría sido por las “courts of chancery” o “courts of equity”⁴³³. De esta forma, en virtud de estas dos jurisdicciones paralelas⁴³⁴, Hohfeld constató que era posible que una relación jurídica estuviera *al mismo tiempo* regulada tanto por las cortes ordinarias como por las cortes de equidad⁴³⁵.

¿Y qué pasaba en esos casos? Si la relación jurídica estaba regulada de forma compatible en ambas jurisdicciones, no había conflicto alguno entre Equidad y Derecho⁴³⁶. El problema, no obstante, aparecía cuando una relación jurídica, o bien había sido reconocida exclusivamente por las cortes de equidad⁴³⁷, o bien lo había

⁴³⁰ Hohfeld, Wesley Newcomb. Op. Cit., p. 543.

⁴³¹ Ibidem.

⁴³² Cfr. Ibid., pp. 543-544.

⁴³³ Cfr. Ibid., p. 546. No está de más recordar que, según Toulmin, el antecedente inmediato de la “equity” en manos del “courts of chancery”, es la *aequitas* en manos del canciller del emperador romano (Cfr. Toulmin, Stephen. Op. Cit., p. 7).

⁴³⁴ En relación con las mismas, Allen dirá que “existe todavía una frontera entre Common Law y la Chancery. Las enseñanzas son diferentes, la manera de pensar es diferente, las materias de jurisdicción también; y el foro inglés está todavía dividido en dos clases de profesionales que tratan dos tipos bastantes diferentes de cuestiones, y puede decirse sin exageración que son enemigos en estado de neutralidad amistosa. Nadie supone hoy en día que la equidad es simplemente cuestión de conciencia, y el Common Law de *ius strictum*. Son simplemente, ramas diferentes de la ciencia jurídica; pero su línea divisoria está trazada con tanta claridad que nosotros, en Inglaterra, podemos considerar la dualidad como jurídicamente inevitable” (Allen, Carleton Kemp. Op. Cit., pp. 596-597).

⁴³⁵ En el trabajo citado ofrece innumerables ejemplos de esos supuestos. Cfr. Hohfeld, Wesley Newcomb. Op. Cit., pp. 557- 571.

⁴³⁶ Cfr. Ibid., p. 553.

⁴³⁷ Cfr. Ibid., p. 555.

sido por éstas de forma incompatible con lo hecho por las cortes ordinarias⁴³⁸. Y, precisamente, estos serían los casos de conflicto entre una “equitable rule” siempre válida y suprema y una “legal rule” siempre inválida o aparentemente válida⁴³⁹. Dicho de otro modo, lo que Hohfeld sostiene es que la relación entre Equidad y Derecho no es siempre armónica y, sobre todo, que las reglas de la equidad son *preeminentes* y *prevalentes* en caso de conflicto (o competencia) con las reglas jurídicas, al punto que en esos supuestos las segundas tienen exactamente la misma fuerza que las disposiciones inconstitucionales (o sea, ninguna)⁴⁴⁰. Por supuesto, Hohfeld se preocupa por resaltar que los supuestos conflictivos son excepcionales. Y lo serían porque, y esto es lo importante, la jurisdicción de equidad sólo se activaría cuando el Derecho en sentido estricto (el common law), o bien no otorga un remedio después de todo (una laguna *normativa*), o bien otorga un remedio *inadecuado* (una laguna *axiológica*)⁴⁴¹.

Como se puede apreciar, uno de los supuestos que activan la jurisdicción de equidad es sostener que el common law sí ofrece una solución para resolver la controversia pero que ésta no es la más *adecuada*. Toulmin también da cuenta de este elemento competitivo en la *equity* cuando resalta que “even though the twentieth century most Anglo-American jurisdictions have merged legal and equitable functions in the same courts, it is still widely the case that equitable remedies can be sought only in cases where legal remedies are unavailable or unworkable”⁴⁴². Esto es, para solicitar un “equitable remedies” es indispensable sostener, o bien que no hay disponibles “legal remedies”, o bien que habiéndolos son impracticables. Sea como fuere, lo importante es resaltar que es posible que se presenten supuestos conflictivos entre common law y equity y, sobre todo, que de presentarse la relación jurídica respectiva, en última instancia, debe regularse por la “equitable rule” y no por la “legal rule”. Claramente, pues, la equity inglesa también habilita la opción competitiva o, lo que es lo mismo, *dejar de lado* el estándar (por ser inadecuado o impracticable) y *fijar uno nuevo*. Y esta supremacía de la equity sobre el common law, ¿supone vincular a la primera con alguna especie de “derecho natural”, tal como lo hizo Cicerón en Roma?

De ninguna manera, Hohfeld expresamente dirá que “the term equity as used in legal discussions is not to be confused with equity in the sense of natural justice; on the contrary the term is employed to denote a certain division of the law”⁴⁴³. Ello es así porque, en el Derecho inglés, simplemente los poderes de la “Court of Chancery” son superiores a los de las cortes ordinarias y, por tanto, lo más probable es que las reglas

⁴³⁸ Cfr. Hohfeld, Wesley Newcomb. Op. Cit., p. 557.

⁴³⁹ Cfr. Ibid., p. 555.

⁴⁴⁰ Cfr. Ibid., p. 544. Radbruch explica que el Derecho de equidad inglés fue concebido como un “complemento para la common law, primitiva respecto a éste, y adoptó frente a ella frecuentemente un carácter preferente” (Radbruch, Gustav. *El espíritu del Derecho inglés*. Op. Cit., p. 40, foot note 4).

⁴⁴¹ Hohfeld, Wesley Newcomb. Op. Cit., p. 552.

⁴⁴² Toulmin, Stephen. Op. Cit., p. 7.

⁴⁴³ Hohfeld, Wesley Newcomb. Op. Cit., p. 546.

de equidad se terminen imponiendo sobre las reglas jurídicas⁴⁴⁴. Esto quiere decir, entonces, que para Hohfeld la supremacía de la “equity”, en último término, reside en una cuestión meramente formal: el poder de la “Court of Chancery” de decir la última palabra. Y si ello es así, la equity inglesa no sería más que el conjunto de reglas “puestas” o “positivizadas” por la jurisdicción del Canciller⁴⁴⁵. En tal sentido, mientras que en Roma la aequitas descansaba en la Moral correcta (y por eso implicaba una concepción iusnaturalista del Derecho), en el mundo anglosajón la equity lo hace en un *hecho social*: la jurisprudencia producida por las cortes de equidad⁴⁴⁶. Desde luego, esto no quiere decir que no exista ningún parámetro de referencia, a fin de determinar cuándo los “legal remedies” no son adecuados y, por supuesto, cuáles son los “equitable remedies” que corresponden en cada caso. A lo largo de la historia, en la jurisprudencia de la Court of Chancery se ha consolidado el siguiente catálogo de ideas-guía o máximas de juzgamiento por equidad⁴⁴⁷:

- No hay agravio sin reparación (“equity will not suffer a right to be without a remedy”).
- Se considera hecho lo que debe ser hecho (“Equity regards that as done which ought to be done”).
- Hay que mirar la intención antes que la forma (“Equity looks to the intent rather than to the form”).
- Se presume siempre la intención de cumplir con la obligación (“Equity imputes an intent to fulfil an obligation”).
- La igualdad es equidad (“Equality is equity”).
- El que busca equidad debe actuar con equidad (“He who seeks equity must do equity”).
- Para acudir a la jurisdicción de equidad hay que tener las “manos limpias” (“He who comes into equity must come with clean hands”).
- Cuando hay “igual equidad” entre litigantes, debe prevalecer la anterior en el tiempo (“Where there are equal equities the first in time shall prevail”).
- Cuando hay “igual equidad” entre litigantes, debe prevalecer aquel que tenga un título legal que apoye su pretensión (“Where equities are equal the legal title will prevail”).

⁴⁴⁴ Cfr. Hohfeld, Wesley Newcomb. Op. Cit., p. 557.

⁴⁴⁵ Esto es, en términos del positivismo de Hart, una fuente social en última instancia explica la existencia de las “rules of equity” (y no la Moral).

⁴⁴⁶ Es tan cierto el origen en un “hecho social” de la equity que, incluso un autor como Radbruch, lo reconoce: “en su origen fue (...) el Derecho de equidad, no codificado, propio de los tribunales ingleses, (...), orientado primero al caso particular, y que evolucionó más adelante a la práctica de precedentes vinculantes de un sistema jurídico determinado” (Radbruch, Gustav. *El espíritu del Derecho inglés*. Op. Cit., p. 40, foot note 4). Ello es así porque, aun cuando los Lores Cancilleres juristas (los hubo clérigos) se basaron en el Derecho romano para dotar de contenido a la equity (afluyendo, de ese modo, pensamientos iusnaturalistas), tipificaron un “Derecho de equidad” estableciendo “una segunda medida de precedentes vinculantes junto a las grandes medidas de la common law” (Radbruch, Gustav. *El espíritu del Derecho inglés*. Op. Cit., p. 52).

⁴⁴⁷ Hohfeld, Wesley Newcomb. Op. Cit., p. 550. Para ver el mismo catálogo, Cfr. Falcón y Tella, María José. Op. Cit., pp. 99-101.

- Se protege al diligente y no a quien descuida su derecho (“Equity aids the vigilant, not those who slumber on their rights”).
- La equidad sigue al Derecho (“Equity follows the Law”).

De todas estas máximas de equidad, me interesa resaltar la que dice que “la equidad sigue al Derecho” y la que afirma que “la igualdad es equidad”. La primera, sin duda, nos dice que los textos normativos *por razones de equidad* son las razones primeras para la decisión judicial. Ya no es, pues, sólo un hecho que ese sea el comportamiento habitual de los jueces (desde el punto de vista interno), sino que además es el comportamiento que *deben* demostrar en su práctica cotidiana. Y esto quiere decir que actuar conforme a su “conciencia jurídica formal” tiene pleno sustento en la idea de equidad. No obstante, me parece que más relevante es la segunda: nos dice cuál es el contenido que mínimamente debería tener el Derecho, a los efectos de ser seguido (u obedecido). Dicho de otro modo, si bien es cierto que los jueces *por equidad* deben acudir *en primer lugar* a los textos normativos para hallar la respuesta al caso que están conociendo, también *por equidad* tendrán que *dejarlo de lado* si su propósito es *desigualitario* y, lógicamente, *fijar uno nuevo* que sí cumpla con el sentido igualitario exigido. Todo parece indicar, entonces, que al igual que la *aequitas* romana, la *equity* inglesa también nos ofrece una razón para justificar posibles supuestos competitivos entre juez y legislador: las exigencias de trato igualitario. Y si ello es así, la equidad les impone a los jueces no sólo la necesidad de evaluar la formulación escrita de los textos normativos (no se olvide que la *equity*, al igual que Aristóteles, exige “mirar la intención antes que la forma”), sino también el propósito mismo o la razón subyacente que motiva la intervención legislativa. Desde luego, esto nos lleva a un nuevo problema: ¿la equidad exige igualdad sólo en sentido formal o también en sentido material? Esto es lo que se verá a continuación.

4.3 La equidad y el pensamiento ilustrado sobre la buena ley:

A lo largo de este punto, se ha sostenido que los jueces-Cadíes contemporáneos, en su conciencia jurídica material, *deben* adoptar a la equidad como su máxima de comportamiento ético y profesional. Así lo sugieren, en mi opinión, razones históricas (el vínculo genético entre justicia de Cadí y equidad), morales (las exigencias de la “ethics of intimates”) y de necesidad (los yerros de la Ley). Desde luego, esto no significa que deben obviar los textos normativos, sino tratarlos como lo que realmente son: razones *primeras* para la decisión judicial. Y es que cuando se dice que la equidad *debe ser* el criterio rector del Juego de Juzgar, solamente se está afirmando que los jueces-Cadíes, frente a cualquier caso concreto, *deben* preguntarse si la aplicación *tal cual* del texto normativo llevaría –o no– a una solución equitativa. Así, pues, si la literalidad de la regla lo garantiza, *por equidad* deben *plegarse sin más* a la misma. Pero, si no lo hace, *por equidad* deben fallar conforme a su propósito (o restandarizarlo). Y si éste también falla, *por equidad* deben *dejar de lado* la regla y *fijar*

una nueva. La pregunta ahora es: ¿cuál es el parámetro de evaluación al que nos remite la equidad?

Como se ha podido apreciar en el punto precedente, si hay una constante entre la equidad aristotélica, la *aequitas* romana y la *equity* inglesa es que, en todas ellas, los jueces *por equidad* deben atender a las circunstancias del caso concreto a fin de determinar si merece –o no– un tratamiento *diferenciado*, en relación con lo estipulado en los textos normativos (que, por definición, son genéricos). Aun cuando difieren en la solución admitida (mientras que Aristóteles sólo acepta la colaboración crítica, la *aequitas* y la *equity* abarcan también la competencia), no cabe duda de que en todas sus manifestaciones la equidad implica la máxima “tratar igual a los iguales y tratar desigual a los desiguales” (un criterio normativo general). Pues bien, lo que se va a sugerir, en este punto, es que el sentido de “lo igual” que está detrás de la equidad, supone ir más allá de la simple “igualdad ante la Ley” y, por tanto, que también implica asegurar ciertos contenidos de igualdad material desde el juzgamiento. En tal sentido, se va a sostener que asumir a la equidad como ideal regulativo del Juego de Juzgar, actualmente presupone tomar como parámetro de evaluación la idea de “buena Ley” del pensamiento ilustrado y, sobre todo, que si un juez obra de esa manera su fallo siempre será “axiológicamente aceptable” en el marco de la “comunidad jurídica ideal” (o “audiencia ideal particular”) de la que nos habla Aarnio.

Desde luego, esta propuesta de línea de investigación no se basa en afirmar que existe algún vínculo histórico entre equidad e ilustración. Es más, ni siquiera estoy en posición de sostener que los autores más representativos de aquella época (Montesquieu, Rousseau, etc.) la tomaron en cuenta para sustentar sus posiciones en torno a la Ley. Entonces, ¿por qué se toma a la ilustración como parámetro para dotar de contenido a la equidad? Simplemente porque la concepción sobre la Ley que se manejó en ese entonces, claramente estaba vinculada a la satisfacción de ciertos contenidos materiales “igualitarios” que, precisamente por eso, la hacían merecedora de obediencia. Como explica García Manrique, si “la ley recibió una valoración extraordinariamente positiva por parte del pensamiento ilustrado”, fue porque “la ley de la ilustración es una ley ideal, esto es, contiene ciertas cualidades (...) que no forman parte necesariamente de las leyes reales”⁴⁴⁸. Es decir, si bien es cierto que fue “una época en la que reinó un ambiente de absoluta fe en la ley escrita”, también lo es que “no fue, sin embargo, una pasión ciega, que llevase a ignorar que las leyes podían ser malas”⁴⁴⁹. En tal sentido, si se toma a la ilustración como parámetro de equidad es porque, en mi opinión (aunque admito que es más una intuición), la idea de “Ley buena” le ofrece a los jueces-Cadíes el mejor marco para evaluar si un texto normativo es o no “equitativo”⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ García Manrique, Ricardo. *El valor de la seguridad jurídica*. Op. Cit., pp. 121-122.

⁴⁴⁹ Ibid., p. 128.

⁴⁵⁰ Por lo demás, no debe olvidarse que muchas de las nociones que actualmente valoramos (por ser “buenas” *per se*), se desarrollaron y consolidaron en el denominado Siglo de las Luces. Como señala

Veamos, pues, cómo se concebía a la Ley en la ilustración. El mismo García Manrique nos explica que, en esa época, se le valoró positivamente como la mejor forma jurídica porque, “en sus aspectos formales, es una norma abstracta y general, enunciada por escrito con claridad, promulgada públicamente y con vocación de estabilidad” y, como tal, que permitía “reflejar, en el mundo humano, el orden que reina en el resto de la naturaleza, y (...) someter el derecho a la razón, pues la razón actúa a través de categorías igualmente abstractas y generales”⁴⁵¹. De esta forma, si la Ley fue valorada positivamente en la ilustración, lo fue porque se le concibió como el medio adecuado para realizar la justicia (por sus caracteres formales) pero no como una norma justa en sí misma. Y es que, como dice García Manrique, “para ser una norma justa, la ley debe efectivamente reflejar el orden natural o bien, (...), la voluntad general; cuando no lo haga, será una mala ley, o, según el modo de expresión, no será una ley, en un sentido muy equivalente al del *lex iniusta* nos est *lex agustino-tomista*”⁴⁵². ¿Y cómo se conecta el orden natural o la voluntad general con la igualdad (que es lo que me interesa)? Según el mismo autor, por ese mérito especial que sólo cabe atribuir a la “Ley buena”: “la capacidad para reflejar y para realizar la igualdad y la libertad” que, en esa época, “son concebidas como las cualidades naturales de los seres humanos y, por tanto, el orden social no sería buen reflejo del orden natural si no se basase en estos dos principios rectores”⁴⁵³.

Como se puede apreciar, en la ilustración la “Ley buena” no es simplemente aquella que cumple con ciertos caracteres formales, tales como la abstracción o la generalidad. Además, debe satisfacer otro requisito adicional: ser producto de la voluntad general y, sobre todo, reflejar y realizar la libertad e igualdad de los seres humanos (sus cualidades naturales). Este último dato es importante porque nos permite comprender cuál es el sentido de “lo igual” que está detrás de la ilustración. Y es que, para que la Ley sea buena, no basta con ser igualitaria por su forma o estructura (al ser abstracta y general siempre será la misma para todos⁴⁵⁴); además debe serlo en su origen (debe ser producto de la voluntad general, esto es, de la

Prieto Sanchís, “una buena parte de las ideas y valores que siguen procurando algún punto de humanidad y civilización a nuestro mundo contemporáneo, por más que tuvieran un origen más antiguo, se forjaron precisamente en el siglo XVIII: los derechos humanos, el constitucionalismo, la democracia política y el gobierno representativo, el cosmopolitismo, incluso la solidaridad cuyo precedente puede rastrearse en la venerable filantropía” (Prieto Sanchís, Luís. *La filosofía penal de la ilustración*. Lima: Palestra, 2007, pp. 7-8). Hay razones, pues, para seguir bebiendo de ella.

⁴⁵¹ García Manrique, Ricardo. *El valor de la seguridad jurídica*. Op. Cit., p. 123. La misma idea es expuesta por Prieto Sanchís cuando señala que en la Ilustración “no se hablaba de cualquier ley, sino de una norma jurídica muy precisa que respondiese a la estructura simple y clara de la razón. De ahí que la ley deba ser única, (...); sencilla (...), redactada de forma concluyente y fácil de entender, (...) y, sobre todo, abstracta y general” (Prieto Sanchís, Luís. *La filosofía penal de la ilustración*. Op. Cit., pp. 15-16).

⁴⁵² García Manrique, Ricardo. *El valor de la seguridad jurídica*. Op. Cit., p. 123.

⁴⁵³ García Manrique, Ricardo. *El valor de la seguridad jurídica*. Op. Cit., p. 125. No debe olvidarse que, según Virgilio Zapatero, en la Ilustración “la ley es fruto de la voluntad, sí, pero las buenas leyes son el producto de una voluntad iluminada por la razón” (Zapatero, Virgilio. *El arte de legislar*. Op. Cit., p. 312). Lo que está queriendo decir, entonces, García Manrique es que la “voluntad” que está detrás de la Ley, si está “iluminada por la razón”, reflejará y realizará la igualdad y la libertad y, por tanto, habrá producido una “buena ley” conforme a la lógica de la Ilustración.

⁴⁵⁴ Cfr. García Manrique, Ricardo. *El valor de la seguridad jurídica*. Op. Cit., p. 126.

voluntad libremente expresada por ciudadanos iguales entre sí⁴⁵⁵) y, sobre todo, en su cometido o propósito: “la función de las leyes, o su objeto, es una vez más la igualdad y la libertad: “el mayor bien de todos, que debe ser el fin de todo sistema de legislación, se verá que se reduce a estos dos objetos principales: la libertad y la igualdad”; y no podría ser de otro modo, pues la voluntad general autora de las leyes no puede sino beneficiar la libertad igual de todos los que contribuyen a formarla”⁴⁵⁶. Se está, pues, ante una concepción igualitaria de la Ley vinculada, no a la simple igualdad ante la Ley, sino a la igualdad política y social.

Desde luego, con la irrupción del liberalismo, dichos contenidos materiales igualitarios se perdieron y, como tal, a nosotros nos llegó una concepción meramente formal de la Ley. Se produjo lo que García Manrique denomina el “fraude liberal a la confianza ilustrada en la Ley”, el mismo que consistió en presentar como “buena” cualquier Ley en virtud de sus características formales y que sólo pudo ser posible “mediante dos confusiones: la que atañe a la universalidad o generalidad de la ley y la que atañe a la igualdad garantizada por la ley. En cuanto a la primera, escribe Habermas que “la generalidad como universalidad semántica de la ley abstractamente general viene a sustituir a esa otra generalidad o universalidad procedimental que caracteriza a la ley producida democráticamente”; en cuanto a la segunda, la igualdad formal ante la ley, derivada de su generalidad y abstracción semánticas, sustituye a la igualdad social entendida como igualdad de oportunidades. El resultado es una ley que ni refleja la voluntad general ni asegura igualmente a todos la libre persecución privada de sus intereses”⁴⁵⁷. En tal sentido, no cabe duda de que la “universalidad procedimental” (el origen democrático) y la “igualdad de oportunidades” (la igualdad social y política), son los rasgos que justificaron la pasión por las Leyes que reinó durante la ilustración. Y si ello es así, dicha concepción sobre la legislación ofrece un excelente marco de referencia para dotar de contenido a la equidad y, por tanto, para que los jueces-cadíes de nuestro tiempo determinen cuándo deben “seguir al Derecho”.

Es, en este punto, en que adquieren relevancia las ideas de “aceptabilidad” y de “comunidad jurídica ideal” de Aarnio. De acuerdo con dicho autor, el resultado o la conclusión del razonamiento jurídico será “aceptable” en términos axiológicos, que es

⁴⁵⁵ Cfr. García Manrique, Ricardo. *El valor de la seguridad jurídica*. Op. Cit., p. 125.

⁴⁵⁶ Ibid., p. 126. Esta lectura de García Manrique, me parece, es completamente coherente con los ideales de la Ilustración que, como nos recuerda Laporta, “se sustentan básicamente en una concepción del ser humano como autor de su propia vida, como planificador y diseñador de un proyecto personal de acuerdo con el que se realiza como ser humano a partir de sus decisiones en libertad” (Laporta, Francisco. “Certeza y predecibilidad en las relaciones jurídicas”. Op. Cit., p. 58).

⁴⁵⁷ García Manrique, Ricardo. *El valor de la seguridad jurídica*. Op. Cit., p. 131. Ello es así porque, como dice Habermas, la dominación ejercida a través de Leyes *abstractas y generales*, que reclama el liberalismo (especialmente, económico), sólo se legitima “si cualquiera tuviese la posibilidad de acceder en términos de igualdad de oportunidades a las *opportunity-structures* de una sociedad de mercado, y, aun entonces, sólo bajo el supuesto de que no se pudiese encontrar una alternativa preferible a las formas de vida en las que se vuelven tan determinantes los mecanismos monetarios y burocráticos”; razón por la cual, “no cabe concluir que un orden jurídico, sólo en las formas de leyes públicas, abstractas y generales, pudiese dar satisfacción a [...] principios de igualdad en la aplicación del derecho e igualdad jurídico-material” (Habermas, Jürgen. Op. Cit., pp. 541-542).

el que importa, si es que responde “al conocimiento y al sistema de valores de la comunidad jurídica”⁴⁵⁸. Es decir, en su lógica, la aceptabilidad de un argumento es una variable dependiente del “auditorio” al que se dirige (ya sea real, ya sea imaginario) y de los valores que este último hubiera adoptado. Desde que su planteamiento es relativista, a fin de evaluar la justificación de los razonamientos jurídicos, construye la noción de “audiencia ideal particular”, esto es, aquella compuesta exclusivamente por “personas racionales” o capaces del discurso racional (de ahí su carácter ideal) pero que “han adoptado valores comunes” y, como tal, “está ligada a una determinada forma de vida”, razón por la cual “está cultural y socialmente determinada” (de ahí su carácter de particular o no universal)⁴⁵⁹. Es en este auditorio, que en otros trabajos denomina “comunidad jurídica ideal”⁴⁶⁰, en el que se puede alcanzar el “consenso racional” o, lo que es lo mismo, aquella situación en la que la mayoría de los miembros de dicha audiencia (compuesta por seres “racionales”) están convencidos de que el argumento presentado es correcto, en virtud de su sistema de valores⁴⁶¹. Es conveniente resaltar que para Aarnio “la aceptabilidad por parte de la mayoría de la CI [comunidad jurídica ideal] es lo *más* que el juez o el jurista pueden alcanzar en su razonamiento”⁴⁶².

Pues bien, si ello es así, lo que se está tratando de sostener es que todo razonamiento judicial basado en la idea de equidad (vinculada, eso sí, a los valores igualitarios de la ilustración), ya sea para colaborar con el legislador (obsecuente o críticamente), ya sea para competir con el mismo, sería “aceptable” para la mayoría de los miembros de una hipotética comunidad jurídica que, en su interior, comparte los valores de libertad e igualdad (que, asumo, es la presupuesta en los contemporáneos Estados constitucionales de Derecho). Dicho de otro modo, todo juez que *en el plano moral* haya adoptado como máxima de comportamiento ético y profesional el asegurar el ideal de la “buena Ley” ilustrada (esto es, que lo haya interiorizado en su conciencia jurídica material), y desde luego que se comporte según la misma (vale decir, que esté comprometido –o “parcializado” si se quiere– con su realización plena), obtendría el máximo de “consenso racional” en torno a sus decisiones (ya sean colaborativas, ya sean competitivas). Si esto es correcto, entonces no cabe duda de que la idea de equidad leída desde el pensamiento ilustrado, les ofrece a nuestros jueces-cadíes un excelente paradigma para abordar sus funciones y, de esta forma, para saber cuándo debe plegarse sin más al estándar, re-estandarizarlo o dejarlo de lado y fijar uno nuevo. Este es un tema que, por el momento, queda abierto a la discusión⁴⁶³.

⁴⁵⁸ Aarnio, Aulis. *Lo racional como razonable*. Op. Cit., pp. 247-248.

⁴⁵⁹ Cfr. Aarnio, Aulis. *Lo racional como razonable*. Op. Cit., pp. 283-284.

⁴⁶⁰ Cfr. Aarnio, Aulis. “¿Una única respuesta correcta?”. Op. Cit., p. 34.

⁴⁶¹ Cfr. Aarnio, Aulis. *Lo racional como razonable*. Op. Cit., pp. 285-286 y Aarnio, Aulis. “¿Una única respuesta correcta?”. Op. Cit., pp. 36-45.

⁴⁶² Aarnio, Aulis. “¿Una única respuesta correcta?”. Op. Cit., p. 44.

⁴⁶³ María del Carmen Barranco, por ejemplo, sostiene que la idea de “aceptabilidad” de Aarnio, en el marco del constitucionalismo, remite a la “teoría de la justicia basada en derechos” (es la que obtendría el “consenso racional” dentro de nuestra “comunidad jurídica ideal”), de forma que *debería ser* ese el paradigma para evaluar la validez axiológica de las decisiones judiciales (Cfr. Barranco Avilés, María del

Carmen. "Constitución, Derechos Humanos y Filosofía del Derecho: una teoría de la justicia para el constitucionalismo contemporáneo". Op. Cit., pp. 25-26). Aun cuando no lo he explorado, intuyo que la idea de equidad vinculada al pensamiento ilustrado sobre la "buena Ley", se conecta con la "teoría de la justicia basada en derechos", desde que ambas persiguen asegurar la libertad y la igualdad social (o "igual libertad") y, precisamente por eso, admiten los tratos diferenciados que sean necesarios para alcanzar *en los hechos* dicho objetivo. Un futuro desarrollo de la idea de equidad, me parece, debería apuntar en esta dirección.

CONCLUSIONES

1. En el marco de una concepción tradicional sobre la democracia, el problema de los jueces es el problema de determinar si constituyen un “poder”, es decir, si pueden imponer válidamente su propia voluntad, y no la de los órganos de representación popular, al momento de cumplir con su función de resolver controversias. Para saber si los jueces, en una democracia, aplican su propia voluntad o se someten a la del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo, es necesario dilucidar si, de hecho, cuentan con “discreción” para crear la norma jurídica sobre la base de la cual resolverán la controversia que está en sus manos (discreción judicial “fuerte”). Dado que la interpretación constituye siempre el paso previo al acto de aplicación normativa, entonces resulta que el problema de la discreción judicial se reconduce a la no menos problemática cuestión de la interpretación judicial. En tal sentido, la cuestión del “Poder Judicial”, al final, termina siendo el problema de determinar si la interpretación judicial consiste en un acto “productor” (o de la “voluntad”) o “re-productor” (o del “conocimiento”) del Derecho.

2. En la literatura jurídica contemporánea, existen cuatro distintas teorías o concepciones sobre la interpretación judicial. En primer lugar, está la tesis cognitiva que, visualizando el acto de interpretar como un acto *siempre* del conocimiento, entiende que los jueces o bien son un poder “nulo” (la tesis determinista o mecanicista defendida por el positivismo decimonónico) o bien un poder en todo caso “débil” (los planteamientos de Dworkin y de Atienza). En segundo lugar, está la teoría escéptica o realista que, concibiendo al proceso de interpretación como un acto *puro* de la voluntad, presupone una concepción siempre “fuerte” –e ilimitada– del poder del juez. En tercer lugar, está la tesis intermedia que, a diferencia de las dos anteriores, presenta a la interpretación judicial como un acto *a veces* del conocimiento y *a veces* de la voluntad (las posiciones de Hart y Bulygin) y, como tal, exige asumir una concepción a veces “fuerte” a veces “débil” –o, incluso, “nula”– del poder de los jueces. Finalmente, siendo la más reciente de todas, está la teoría de la determinación mínima del Derecho que, diferenciándose de todas las anteriores, sostiene que la interpretación judicial es *siempre* un acto del conocimiento y de la voluntad *a la vez* y, por ende, presupone una concepción “fuerte” del poder de los jueces pero –y esto es clave– que actúa siempre sobre la base de ciertos límites cognitivos o del conocimiento.

3. Del estudio de la tesis cognitiva defendida por el positivismo decimonónico, se deduce que ésta es la posición más débil de todas. Ello es así porque, en realidad, es un planteamiento prescriptivo sobre este problema y, como tal, metodológicamente no resulta ser el más adecuado. La concepción mecanicista

de la actividad judicial, en verdad, lo único que hace es elaborar una prescripción sobre la interpretación que es perfectamente compatible con su pre-concepción sobre la democracia y el Derecho. En tal sentido, no explica qué es realmente la interpretación judicial sino cómo debería ser la misma (una actividad del conocimiento) para que sea compatible con el marco ideológico que defiende. No es, pues, una posición fiel con el planteamiento positivista metodológico de la neutralidad valorativa. No por nada esta tesis ha sido abandonada por el positivismo contemporáneo.

4. De un análisis detallado de la posición defendida por Dworkin, se ha llegado a la conclusión que la misma tampoco constituye una explicación adecuada sobre lo que es, en los hechos, la interpretación judicial. Ello es así porque, aun aceptando que existen “principios” en el Derecho, es erróneo suponer que éstos ofrecen una sola respuesta correcta para cada caso concreto. Está demostrado que dichos principios, primero, no son un estándar normativo pre-existente y obligatorio para el juez y, en todo caso, que su presencia en los ordenamientos contemporáneos no llega a eliminar el momento discrecional fuerte en el acto de juzgar: no existen “meta-principios” que resuelvan los casos de conflicto entre principios. Por lo demás, el propio autor ha dicho que su tesis de la única respuesta correcta no supone afirmar que existen “respuestas realmente correctas” en el Derecho, sino tan sólo reconocer que los operadores jurídicos siempre creen que la posición que ellos defienden es la respuesta correcta para el caso correspondiente. La tesis fuerte de la discreción judicial, entonces, subsiste a las objeciones de Dworkin.
5. La tesis cognitiva sostenida por Atienza tampoco es acertada. Está demostrado que la concepción del Derecho como una “práctica social”, a pesar de lo por él sostenido, termina resaltando el rol eminentemente normativo que cumplen los jueces: en esta lógica, están para corregir las falencias del legislador y, si esto es cierto, entonces deberán contar al menos con los mismos poderes que éste tiene para interpretar discrecionalmente los principios. Desde esta perspectiva, a los más, se puede decir que los jueces son “co-legisladores” pero nunca que no tienen discreción para crear normas jurídicas. Además, también es erróneo asumir, como él lo hace, que el razonamiento analógico elimina la discreción judicial en sentido fuerte: está demostrado que el criterio de comparación implícito en toda analogía *siempre* es producido por el propio juez que la utiliza. El razonamiento analógico, entonces, no excluye la discreción judicial en sentido fuerte sino que tan sólo la retrasa. Por tanto, los planteamientos cognitivos estudiados no llegan demostrar que los jueces *nunca* actúan con discreción judicial en sentido fuerte.
6. De la crítica a los planteamientos intermedios, se ha llegado a la conclusión que no es correcto asumir que la interpretación judicial es *siempre* una actividad del

conocimiento en los casos claros (Hart) o en las “situaciones normales” (Bulygin). Ello es así porque la distinción entre “zona clara” y “zona de penumbra” o entre “situaciones normales” y “lagunas normativas”, no es una distinción “objetiva” que no depende de las valoraciones subjetivas del intérprete (el juez). Por el contrario, está demostrado que la identificación de la zona clara de un texto normativo o de la solución genérica prevista en una regla creada por el legislador, también está sujeta a la discrecionalidad fuerte del juez (no existe un criterio *ex ante* que regule esa toma de decisión) y, por tanto, que es “relativa” a este último y no al lenguaje utilizado por los enunciados jurídicos. Es tan cierto esto que incluso un caso puede ser tratado como “difícil” si el juez de la causa entiende que la solución “claramente” prevista por el legislador plantea serios problemas valorativos y, como tal, que debe fallar en contra de lo expresado textualmente en el enunciado normativo. Está demostrado, entonces, que no existen límites cognitivos al poder discrecional fuerte del juez ni siquiera en los casos supuestamente claros.

7. La tesis de la determinación mínima del Derecho tampoco llega a demostrar que existen límites cognoscitivos –o valores *jurídicos* de verdad– al poder discrecional fuerte del juez. Ello es así porque, de comprobarse que el lenguaje jurídico utiliza para expresarse al lenguaje natural, no se puede concluir –como se hace desde esta postura– que las reglas semánticas y sintácticas de este último se transforman *por lógica* en reglas jurídicas obligatorias que actúan condicionando la validez de las decisiones interpretativas. Para tener esa condición, tendría que haber dentro del Derecho alguna regla positiva expresamente producida por la autoridad competente que así lo disponga o, al menos, tendría que existir una práctica social de seguimiento que así lo establezca. La cuestión es que está demostrado: (i) que, en caso de existir una regla como la señalada, tan sólo sería un enunciado jurídico que siempre estaría sujeto a los poderes interpretativos fuertes del juez, y (ii) que, en caso de incumplimiento de la misma, existe la práctica común de seguimiento de los fallos judiciales definitivos al margen de si son racionales o no. En tal sentido, la tesis de la determinación mínima tampoco llega a demostrar que los jueces *nunca* actúan sólo con discreción fuerte.
8. De haberse analizado y refutado cada una de las objeciones realizadas al planteamiento realista de la interpretación judicial, se ha llegado a la conclusión que la misma continúa siendo la mejor explicación sobre lo que, de facto, hacen –o pueden hacer– los jueces al momento de resolver controversias. Ello es así porque: (i) aceptar que un Derecho preexistente –o una norma social– crea a los jueces, no implica negar que éstos, luego de creados, actúan sin estar sujetos a límites normativos materiales o procedimentales; (ii) constatar que los propios jueces, desde el punto de vista interno, presentan sus fallos como “fiel” reflejo del Derecho preexistente, no quiere decir que, desde el punto de vista externo, ello sea correcto; (iii) demostrar que los jueces no son infalibles, no supone negar que

todos sus fallos definitivos, aun los absurdos, siempre son válidos; (iv) afirmar que un juez puede asignar, como posibilidad siempre presente, cualquier significado a un enunciado jurídico, no supone afirmar también la irrelevancia de éstos o de sus exigencias de claridad y publicidad; y (v) reconocer que las sentencias también son pasibles de interpretación, no implica negar que siempre habrá un juez que, según su voluntad, resolverá en última instancia el conflicto de intereses correspondiente. Por tanto, está demostrado que la interpretación judicial constituye un acto *puro* de la voluntad y, como tal, que los jueces *siempre* actúan *sólo* con discreción fuerte.

9. Está demostrado, entonces, que los jueces pueden decidir válidamente lo que quieran. Al ser la interpretación un acto sólo de la voluntad, siempre crearán la norma jurídica que, según su criterio, será la que resuelva el conflicto que ha sido sometido a su consideración. Son, pues, un poder jurídicamente ilimitado; esto es, un “Poder Judicial” en todo el sentido del término (imponen siempre su propia voluntad). No obstante, es necesario añadir un matiz: los jueces no se pueden auto-convocar. Su extraordinario poder *siempre* opera en el marco de un proceso judicial iniciado “a pedido de parte” y, como tal, es un hecho que carecen del carácter autónomo y autodeterminado de la actividad parlamentaria o ejecutiva. En tal sentido, es cierto que los jueces, en el marco de las democracias contemporáneas, son un real Poder Judicial pero, en tanto requieren de un impulso externo a ellos para operar, también se puede decir que no son el “único” Poder existente. *Siempre* actúan *sólo* con discreción fuerte, pero debe reconocerse que la voluntad del juez *sólo* se impone en el marco de un proceso judicial iniciado *a pedido de parte*. Éste es un dato empírico que desde el realismo interpretativo no se puede soslayar y, por ende, es el ineludible dato fáctico sobre el cual tendrá que construirse el modelo de juez de la democracia.

10. El problema del poder de los jueces no acaba con constatar que válidamente pueden decidir lo que quieran (una descripción). Tanto o más importante es determinar cuál es el ámbito de actuación “legítima” que se le reconoce a los mismos en el marco de la concepción más elaborada sobre la democracia: el Estado constitucional de Derecho (una prescripción). Para resolver este problema, a su vez, es necesario indagar por las razones que, en ese marco, hacen que una actuación de un juez o de un tribunal pueda ser calificada como “obedecible” y, por supuesto, optar por aquéllas que, realmente, permitan discriminar una actuación judicial legítima de una ilegítima (una prescripción crítica). En tal sentido, desde esta perspectiva, el problema del poder de los jueces es el problema de determinar cuáles son los “criterios de legitimidad” más adecuados o factibles para regular la función jurisdiccional en el modelo de Estado constitucional de Derecho.

11. De haberse estudiado los tres modelos más desarrollados de Estado de Derecho (el exigente, el garantista y el constitucional), se ha llegado a la conclusión que los mismos son modelos que a la vez que se reconocen como “democráticos”, permiten que en el marco de un proceso judicial la voluntad que finalmente se imponga no sea la democráticamente producida sino la del juez o tribunal correspondiente. Ello es así porque, aun cuando proclaman que todos los poderes se encuentran sujetos al “imperio del Derecho”, por la forma en la que están estructurados, admiten la posibilidad de que al final los poderes públicos y privados terminen estando sometidos a la interpretación del Derecho hecha por los jueces y tribunales, en especial a la de aquellos cuyas resoluciones ya no son susceptibles de impugnación alguna. Está demostrado, entonces, que la lógica del Estado constitucional de Derecho presupone una forma de entender la democracia en la que forzosamente se asume que no es incompatible el gobierno democrático del pueblo con la presencia de poderes discrecionales no representativos (el Poder Judicial).

12. También está demostrado que el sentido de democracia implícito en el modelo de Estado constitucional de Derecho no puede ser el de la llamada “democracia constitucional”. Ello es así porque el modelo de juez “guardián” exigido por la misma, sigue siendo un modelo de juez ejecutor o “boca muda”, no de la ley, pero sí de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y, como tal, es una concepción en la que se asume que la función judicial, a pesar de todo, termina siendo un acto del conocimiento y no de la voluntad. En tal sentido, es una concepción que niega la existencia de “Poder Judicial” y, como tal, presupone un modelo de juez que puede ser calificado como “irreal” o, al menos, como incoherente con lo que de hecho sucede en la praxis. Es tan cierto esto que, al final, las posibilidades de realización fáctica del mismo descansan en un “voto de confianza” en la virtud del propio juez; es decir, en la banal esperanza de que éste nunca aborde sus funciones según la lógica de la teoría escéptica de la interpretación judicial.

13. Del análisis crítico del modelo de Estado constitucional de Derecho, se ha llegado a la conclusión que el concepto de democracia implícito en el mismo es uno donde el “gobierno del pueblo” se manifiesta, no sólo por medio de representantes directamente elegidos (como se asume en la concepción tradicional), sino también a través de una serie de órganos estatales discrecionales de carácter “no representativo” (como los jueces). Ello es así porque, al admitir la presencia de juez y tribunales como Poder Judicial, instituye un procedimiento de formación del Derecho, el mecanismo a través del cual se manifiesta el gobierno del pueblo, en el que la última palabra sobre el sentido del mismo, en caso se presente la demanda correspondiente, la tendrán los jueces y tribunales, en especial aquellos cuyas resoluciones son inmodificables. En tal sentido, está demostrado que el

modelo de Estado constitucional de Derecho, desde una perspectiva descriptiva, es realmente un sistema donde se confía parte del “gobierno del pueblo” a una autoridad sumamente poderosa (el Poder Judicial) que, al tener carácter no representativo y realizar siempre un acto puro de la voluntad, debe ser calificada como “aristocrática-autocrática”. Éste es un dato que pone seriamente en duda la posibilidad de legitimar en términos democráticos la labor discrecional de los jueces.

14. Para tratar de legitimar la labor de los jueces, en el marco del Estado constitucional de Derecho, en primer lugar, se han propuesto una serie de criterios que, en líneas generales, plantean evaluar la legitimidad de los mismos en función de su grado de compromiso con la exigencia de estricta sujeción a la ley democráticamente producida (ya sea material, ya sea procesal). Éstos, a su vez, pueden ser reagrupados en tres sub-grupos: (i) los que de forma genérica tratan sobre la sujeción de todo juez, ordinario o constitucional, al Derecho preexistente; (ii) los que adecuan ese criterio y adoptan una posición en el ámbito de la justicia constitucional; y (iii) los que prestan particular atención al cumplimiento de las reglas procesales de la práctica judicial al momento de evaluar la legitimidad de la misma. La crítica general que se puede hacer a todas estas posiciones (salvo, a la del tercer subgrupo) es que, de un lado, presuponen que es posible hacer efectivo el irreal modelo de juez guardián y, de otro, no especifican claramente qué es o, mejor aún, cómo hacer viable la estricta sujeción a la Ley o la Constitución. Ello es así porque está demostrado que no existe aquel método de interpretación que sea infalible –o lo suficientemente riguroso– a los efectos de “descubrir” el significado que objetivamente refleje la voluntad democrática del pueblo o, siquiera, de sus representantes elegidos.
15. Del estudio de las posiciones que tratan sobre la estricta sujeción a la ley en cualquier tipo de proceso, se ha llegado a la conclusión que ninguna cumple con la exigencia básica de rigurosidad derivada de entender a la legitimidad como la razón que justifica la obediencia (y, lógicamente, la desobediencia). Ello es así porque: (i) Díez-Picazo no señala cuál es ese método “riguroso” que garantiza la interpretación “racional” de un texto normativo; (ii) el método de interpretación sociológico propuesto por Elías Díaz no resulta ser el más adecuado en contextos de regresión social en materia de derechos humanos y, en todo caso, le deja un amplio margen de discreción al juez respectivo que tendrá que evaluar si se ha producido un cambio social o no y cuáles son las condiciones para asegurar la intangibilidad de las libertades individuales básicas; y (iii) no es viable la estricta sujeción a la ley “válida” exigida por Ferrajoli ya que, primero, son los propios jueces los que tendrán que definir el sentido de los “criterios sustanciales de validez”, segundo, del hecho de que los jueces tengan la necesidad de presentar su actividad como un acto del conocimiento, no se deduce que la misma sea

“tendencialmente cognoscitiva” como él afirma y, tercero, resulta ser contradictorio con su propia posición afirmar que los jueces no tienen legitimidad para reparar antinomias (los ordinarios) y lagunas legislativas (los ordinarios e, incluso, los constitucionales).

16. Está demostrado que las posiciones que se centran en la estricta sujeción a la ley en el ámbito de la justicia constitucional, tampoco cumplen con la exigencia básica de rigurosidad. Ello es así porque: (i) limitar el control de la constitucionalidad de las leyes a aquellas que sean producto de un especial “momento constitucional”, tal como exige Ackerman, aún deja en manos de los jueces la discrecional tarea de determinar si se ha producido o no uno de esos momentos “especiales” y, sobre todo, cuál es el sentido de la decisión adoptada en los mismos; (ii) restringir la justicia constitucional al control de las normas relativas a la participación democrática en el proceso político, tal como propone Ely, sigue siendo sumamente ambiguo ya que es posible sostener interpretaciones restrictivas y extensivas de las condiciones necesarias para asegurar el correcto funcionamiento del mecanismo democrático de toma de decisiones; y (iii) asignar a los jueces constitucionales, además de lo señalado por Ely, la labor de garantizar la adopción de decisiones privadas relativas al plan de vida, como hace Gargarella, solamente añade un elemento adicional de incertidumbre: no se sabe con certeza cuáles son las condiciones que se requieren para que los individuos no vean mermada su autonomía para elegir y desarrollar planes de vida.
17. Dado que la estricta sujeción a la ley (material) falla como criterio de legitimidad, algunos autores han puesto el acento en una serie de aspectos de la labor judicial que, a su criterio, permiten presentarla como “democrática”. En primer lugar, están aquellos que resaltan la especial idoneidad del juez, en tanto sujeto “imparcial” e “independiente”, para desempeñar la función de juzgar. Luego, está aquella posición que entiende que el proceso judicial es, en sí mismo, un proceso alternativo –y más eficaz– de participación democrática en los asuntos públicos. En tercer lugar, está la posición de Garzón Valdés que sostiene que los jueces se legitiman en función de un rasgo personal: ser “confiables” para los justiciables. Finalmente, está el planteamiento de Troper que afirma que la presencia de los jueces como Poder Judicial, en el seno de las democracias contemporáneas, se justifica por la manera como los mismos intervienen en el proceso de formación del Derecho.
18. Del análisis de las posiciones que ponen el énfasis en los aspectos de la práctica judicial, se ha llegado a la conclusión que tampoco cumplen con ofrecer un criterio de legitimidad que sea factible. Ello es así porque: (i) las exigencias de imparcialidad e independencia, a su vez, son instrumentales en relación con la exigencia de estricta sujeción a la ley, y en tanto se ha demostrado que esta

última no es posible de cumplir, entonces se pone seriamente en cuestión la aptitud de las mismas para legitimar la labor de un sujeto sometido únicamente a su propia voluntad; (ii) de reconocer que el proceso judicial puede ser un mecanismo eficaz para alcanzar ciertos fines no tomados en cuenta por el legislador, no se puede deducir que un proceso “cerrado” para los que no son “partes”, en el que la última palabra la tiene un “aristócrata”, pueda ser calificado como “igualmente democrático” que el proceso político parlamentario; (iii) la “communis opinio”, criterio en el que basa Garzón Valdés la “confiabilidad”, no cumple con la exigencia básica de certeza y resulta ser un intento fallido de racionalizar la “creencia” en el carácter no arbitrario de la actuación de los jueces; y (iv) Troper no demuestra que lo verdaderamente democrático es que los jueces y tribunales participen del gobierno del pueblo y, en todo caso, no es cierto que éstos lo hagan sin poder expresar criterios de oportunidad (como él sostiene).

19. Se ha llegado a la conclusión que es la observancia de ciertas reglas procesales “básicas” la que nos puede ofrecer una base meridianamente rigurosa para evaluar la legitimidad o la ilegitimidad de la actuación judicial. Ello es así porque, aun cuando las reglas procesales en general también pueden presentar ciertos problemas de ambigüedad, sí existe un “núcleo duro” de exigencias procesales que, entendidas en su sentido más básico o elemental, le dan identidad al proceso judicial y, como tal, permiten reconocerlo como un proceso contradictorio donde las partes cumplen un rol fundamental. Está demostrado que esas exigencias están contenidas en tres principios: el de no autoconvocatoria de los jueces, el de contradicción entre las posiciones de las partes y el de congruencia entre el fallo del primero y lo solicitado por éstas. Será, pues, el cumplimiento de dichos principios el que fijará un piso mínimo por debajo del cual todo fallo judicial deviene en ilegítimo.
20. El principio de no autoconvocatoria indica que el poder del juez nunca se activa “de oficio” sino “a pedido de parte” y, por tanto, que éste solamente puede resolver aquellas controversias que hayan sido sometidas a su consideración por medio de la demanda o denuncia correspondiente. Ello es así porque, en aras de hacer justicia, los jueces no pueden legítimamente sustituir a los individuos en la toma de la decisión relativa a cuándo judicializar un conflicto o controversia interpersonal. En tal sentido, resulta ser sumamente razonable sostener que nadie debe obediencia a un mandato judicial que le impone la obligación de comparecer ante el propio juez para defenderse de una acusación, si es que dicha comparecencia no ha sido previamente solicitada en el ámbito judicial por la persona directamente afectada o, lo que es lo mismo, si es que el mandato señalado no es el resultado de haberse iniciado “a pedido de parte” un proceso judicial. Está demostrado, entonces, que el primer criterio para evaluar la

legitimidad de la actuación judicial es verificar que la misma no se haya activado por cuenta propia.

21. El principio de contradicción exige, en tanto el proceso judicial es una contienda entre dos o más adversarios, que cada una de las partes siempre tenga la oportunidad de contradecir lo argumentado por las otras o, incluso, por el propio juez, tanto al inicio del proceso como a lo largo del mismo. En tal sentido, devendrá en ilegítima aquella actuación judicial que no ha cumplido con darle a las partes exactamente las mismas herramientas y oportunidades de argumentar y contra-argumentar lo que crean pertinente en torno a los hechos, los medios probatorios y las normas jurídicas que, se cree, son aplicables para resolver la controversia. Es más, este principio también le exige al juez, si tiene su propia posición en torno a los hechos o al Derecho, dar a las partes la oportunidad de alegar lo que estimen conveniente antes de resolver la controversia. Está demostrado, entonces, que el segundo criterio para evaluar la legitimidad de la actuación judicial es verificar que las partes hayan tenido efectivamente la posibilidad de participar en el “contradictorio”.

22. El principio de congruencia, en tanto el proceso judicial es una contienda a ser resuelta por un sujeto ajeno a las partes, requiere del juez que su fallo sea coherente o guarde correspondencia con los aspectos del litigio que hubieran sido objeto de debate y sobre los cuales, en virtud del principio de contradicción, las partes del proceso han tenido la oportunidad de manifestarse. En tal sentido, devendrá en ilegítima la actuación de aquel juez: (i) que falle contra persona distinta de las partes del proceso; (ii) que otorgue o rechace cosa distinta a la planteada en la petición de la demanda o en la contestación de la misma; y (iii) que no se pronuncie sobre los fundamentos de hecho y de Derecho de la demanda (y de la contestación) señalando expresamente si los primeros están probados o no y si los segundos son adecuados o no para resolver la controversia. Está demostrado, entonces, que el tercer criterio para evaluar la legitimidad de la actuación judicial es verificar que la sentencia resuelva el conflicto que ha sido sometido a la consideración del órgano jurisdiccional correspondiente.

23. Aun cuando las exigencias procesales señaladas acotan, en el plano de la legitimidad, el jurídicamente ilimitado poder discrecional del juez, hay que ser conscientes de que aún es posible que una actuación judicial devenga en ilegítima. Ello es así porque, cumplir con las mismas, no supone que el juez no tiene el poder de imponer una interpretación “descabellada” acerca del sentido de un texto normativo que, a su juicio, es el pertinente para solucionar el caso que está en sus manos. Es por esta razón que dichas exigencias tan sólo hacen las veces de un “piso mínimo” de legitimidad: por debajo de ellas, toda actuación

judicial deviene en ilegítima pero por encima todavía queda abierta la incertidumbre. Está demostrado que, a partir de ese instante, en el marco del Estado constitucional de Derecho, comienzan a operar una serie de elementos “carismáticos” que generan “confianza” en la persona del juez.

24. Está demostrado que dicha “confianza”, en el marco del Estado constitucional de Derecho, consiste en una “creencia” generalizada: que los jueces resuelven controversias siempre conforme a lo previsto en el Derecho. La cuestión está en que son esos elementos carismáticos, y no otra cosa, los que están detrás de la mencionada creencia. Ello es así porque, en tanto son inviables los criterios de legitimidad basados en la estricta sujeción a la ley o en los aspectos de la práctica judicial, no existe una base objetiva para confirmar o revocar la misma. Por tanto, la confianza señalada, en verdad, se genera a partir de entender que la persona que ocupa la posición de juez posee especiales actitudes y aptitudes para desempeñar las funciones que se le han encomendado (es de los “mejores en virtud”). Se piensa, pues, que ellos, por su formación y personalidad, tienen las cualidades que se requieren para determinar, en cada caso, cuál es la ley aplicable. Se confía, así, en su poder intelectual, en su rectitud, en su imparcialidad, en su especial sentido de la justicia, etc. Está demostrado, entonces, que la legitimidad de la función judicial tiene un fuerte componente “carismático” y, como tal, serán esas especiales capacidades y aptitudes, que usualmente se le exigen a la persona que aspira a ocupar la posición de juez, las que servirán para legitimar el futuro desempeño de su cargo. Cuáles son exactamente, es un tema que escapa de las pretensiones del presente trabajo.
25. Desde que está demostrado que los jueces, en el seno de los Estados constitucionales de Derecho, siempre actúan sólo con discreción fuerte y que su legitimidad se basa en último término en criterios puramente “carismáticos”, se vuelve imperativo determinar cuál es el papel que realmente cumplen los textos normativos en los procesos judiciales de resolución de controversias. Para absolver esta interrogante, es imprescindible aceptar previamente que las decisiones judiciales siempre serán imprevisibles e irracionales por basarse exclusivamente en el “buen juicio” del juzgador y, por tanto, que los jueces de hoy siguen –y seguirán– siendo los despreciados y vilipendiados cadíes de antaño. Esto quiere decir, entonces, que el problema del rol de los textos normativos, es el problema de determinar cómo se compatibilizan de hecho con la subsistente justicia de cadí o, lo que es lo mismo, de qué manera condicionan o influyen en la práctica judicial.
26. Desde un punto de vista prescriptivo, la incorporación de textos normativos tiene como propósito, como objetivo, eliminar de hecho la denostada justicia de cadí y, de esta forma, asegurar que ciertas soluciones abstractas y generales, al estar positivizadas de antemano, sean previsibles y formalmente racionales desde la

perspectiva de los propios gobernados. Los textos normativos, pues, persiguen asegurar los ideales de “certeza” y “no arbitrariedad”. No obstante, para alcanzar esos fines no basta con establecer soluciones generales de antemano vía la positivización. Es indispensable, además, que los textos normativos que las consagran sean aplicados tal cual y, por tanto, que de hecho operen en el razonamiento de los jueces como razones únicas o excluyentes para su decisión. Está demostrado, entonces, que el ideal del “mundo con reglas” requiere, no sólo de “reglas”, sino también de la colaboración o el concurso de los jueces. Desafortunadamente, desde que actúan siempre sólo con discreción fuerte (y por eso son *cadíes*), esa actitud cooperativa no está empíricamente garantizada.

27. En el realismo jurídico clásico, las reales razones que explican el porqué de los fallos, desde el punto de vista interno, no giran en torno a los textos normativos. Otras son las causas que fácticamente guían el comportamiento de los jueces. Para los autores realistas americanos, el proceso de decisión judicial está condicionado por una serie de elementos extra-normativos, o bien de índole idiosincrática, o bien de corte sociológico. Para ellos, las leyes sí existen pero no son más que una de las tantas fuentes que los jueces utilizan para producir Derecho. Los realistas escandinavos, por su parte, aun cuando entienden que los jueces no crean Derecho, sí sostienen que sólo se limitan a aplicar aquello que es aceptado o tenido como “Derecho vigente” por la denominada “conciencia jurídica popular” que, para ellos, no necesariamente coincide con las prescripciones contenidas en los textos normativos. Estos últimos, en el realismo escandinavo, tampoco juegan un rol preponderante en el proceso de decisión judicial. Ese papel le corresponde a la conciencia jurídica popular.
28. La minusvaloración del papel de los textos normativos, mostrada en el realismo clásico, no es defendida por el realismo contemporáneo. Ross, en primer lugar, puso de manifiesto que los jueces, por su “conciencia jurídica formal”, están predispuestos a cumplir sus funciones *prima facie* según lo estipulado por los textos normativos, a menos que hacerlo contradiga lo estipulado por su “conciencia jurídica material”. Tarello, por su parte, señaló que los textos normativos son el insumo indispensable para la realización de la interpretación judicial, desde que los jueces siempre asumen que les ofrecen algún significado, aunque no sepan cuál. Finalmente, Guastini dirá que los textos normativos objetivamente transmiten ciertos significados que, al margen de la opinión del intérprete, fijan de hecho un marco de interpretación. Para la perspectiva realista contemporánea, entonces, los textos normativos empíricamente existen, sí transmiten significados y, desde el punto de vista interno, son las primeras guías o razones que aparecen en el razonamiento práctico de los jueces-*cadíes*.
29. La perspectiva realista sobre los textos normativos se confirma si se mira las funciones legislativa y judicial como dos sub-juegos que, siendo empíricamente

diferentes entre sí, forman parte de un único macro-juego denominado el “juego de gobernar” y, por tanto, que necesariamente son compatibles entre sí. De acuerdo con esta lógica, el juego de legislar, efectuando una “mirada retrospectiva”, ofrece “soluciones generales” para resolver “casos-tipo”, mientras que el juego de juzgar, dando una “mirada prospectiva”, emite “soluciones particulares” a fin de resolver “casos singulares”. El caso es que ambos juegos, a efectos de asegurar el gobierno, interactúan entre sí en el marco de un “juego no cooperativo”, en el que el segundo, por la posición que ocupa, tiene la posibilidad de bloquear o boicotear lo hecho en el primero. Desde que la cooperación no está garantizada, se concluye que la única manera de compatibilizar a los textos normativos con la subsistente justicia de *cadí* es haciéndolo bajo la fórmula “textos normativos = razones primeras para la decisión judicial”. Dependerá del juez, pues, que se transformen en razones únicas o definitivas.

30. Está demostrado que los jueces, frente a las soluciones genéricas previstas en el juego de legislar, tienen tres opciones: (i) plegarse al estándar que contienen (la colaboración-sometimiento), (ii) re-estandarizar el mismo (la colaboración-crítica) o (iii) dejarlo de lado y fijar uno nuevo (la competencia). La primera se presenta cuando entienden que están ante un “caso fácil”, es decir, que se resuelve aplicando sin más la información que ya ha sido recabada, depurada y procesada por el legislador. La segunda aparece cuando consideran que están frente a un “caso difícil” por infrainclusión o suprainclusión, esto es, supuestos en los que el estándar establecido, en función de las particularidades del caso, o bien no contiene toda la información relevante (estándar insuficiente), o bien contiene más de la necesaria (estándar excesivo). Finalmente, la tercera se produce cuando concluyen que están ante una “laguna axiológica”, vale decir, un caso en el que la información contenida en el estándar legislativo es inaceptable, razón por la cual deciden dejarlo de lado y fijar uno nuevo *ad-hoc*.
31. Uno de los factores que determinan el grado de adhesión de los jueces a los estándares contenidos en los textos normativos, es el grado de dificultad justificativa –o el “coste de argumentación”– que razonablemente exigen las opciones menos colaborativas. Mientras que, por lo general, optar por plegarse al estándar no presentará mayores dificultades argumentativas (nadie espera que se justifique la aplicación de una razón que se presenta como excluyente), decidirse por: (i) re-estandarizarlo demandará demostrar que hay un desajuste que debe ser corregido entre el estándar y su justificación subyacente, ya sea por exceso (suprainclusión), ya sea por defecto (infrainclusión); y (ii) dejarlo de lado y fijar uno nuevo supondrá demostrar que aplicar el estándar en el caso concreto es inaceptable según el propio Derecho (un juicio de valor interno) o, más difícil aún, de conformidad con “la Moral” (un juicio de valor externo). Está probado, pues, que a menor colaboración con el legislador, mayor justificación o coste de argumentación.

32. De acuerdo con la teoría de la decisión racional, los jueces son agentes racionales o auto-interesados. Esto quiere decir que su comportamiento será racional si es que, en el ejercicio de sus funciones, adoptan decisiones que maximizan sus preferencias que, se ha demostrado, están compuestas por elementos tanto egoístas como altruistas. Las primeras incluyen percibir un salario elevado, contar con estabilidad en el empleo, hacer “carrera”, recibir honores y un trato deferente, tener “poder”, poseer autonomía funcional para desempeñar las labores, obtener fama, etc. Las altruistas, por su parte, suponen la vocación y el deseo de contribuir con el bienestar de los demás mediante la resolución adecuada de los conflictos interpersonales. Está demostrado, entonces, que la decisión judicial más racional será aquella que, desde la perspectiva del juez, resuelve adecuadamente la controversia y, a su vez, mejora sus posibilidades de progresar en la carrera o, al menos, de mantenerse en el cargo. Ese será el punto en el que se optimizan tanto los intereses personales del juez como los altruistas que su labor demanda y, por tanto, será el que determine si se pliega al estándar, lo re-estandariza o lo deja de lado y fija uno nuevo.
33. La maximización de las preferencias de los jueces, según la teoría de la decisión racional, dependerá de la interacción compleja entre los factores externos e internos que empíricamente operan dentro del “contexto personal de la decisión judicial”. Los elementos externos, que son ajenos a la voluntad del juez, son una serie de mecanismos jurídicos –y extrajurídicos– que de hecho restringen su espacio de actuación libre o discrecional (son las llamadas *contraintes* o los costos de agencia), tales como la exigencia de ser abogado, la estructura jerarquizada del Poder Judicial y los medios de impugnación que permiten recorrerla, el carácter colegiado de los tribunales de alzada, la institución jurídico-penal de la prevaricación, el juicio político o *impeachment*, las críticas de la comunidad jurídica (los profesionales en Derecho y la academia), la reacción negativa de los grupos de poder y de la opinión pública en general, etc. Todos estos mecanismos, desde que no los controla el juez, operan *de facto* como medios disuasorios frente a las opciones menos colaborativas y, por tanto, persiguen constreñirlo a la alternativa “plegarse al estándar” (aunque, desde luego, no siempre lo consiguen).
34. Los factores internos al proceso de decisión judicial, por su parte, son aquellos que dependen única y exclusivamente de la voluntad del juez (él los controla). El primero es el insumo empírico de la controversia, esto es, los hechos del caso. Desde que el juez tiene plena libertad para decidir qué datos fácticos están probados y cuáles son los hechos relevantes, se puede decir que los hechos de la controversia son una variable dependiente de la voluntad del juzgador. La exigencia de “sinceridad”, propia del razonamiento práctico, jugará un rol fundamental en este momento. A continuación, aparecen las razones jurídicas y

los costes de la decisión. Se ha demostrado que los jueces, al momento de fijar el material jurídico que les servirá de insumo (el llamado “razonamiento *acerca del* Derecho”), previsiblemente tendrán en cuenta los costes de trabajar con reglas o con principios, de forma que por lo general estarán fuertemente incentivados a operar sólo con las primeras en desmedro de los segundos (es más “barato” trabajar con “razones excluyentes” que hacerlo con “no concluyentes”).

35. También se ha demostrado que el razonamiento jurídico no culmina con el razonamiento *acerca del* Derecho. Desde que no se puede dar por descontada la adhesión del juez a los estándares generales que hubiera identificado, aparece el denominado “razonamiento *según el* Derecho”, esto es, aquel dirigido a determinar qué se debería hacer teniendo todos los factores en cuenta y no sólo la información netamente jurídica. Es en este instante en que comienzan a operar los factores internos “morales” y “prudenciales”. En virtud de los primeros, la adhesión del juez estará mediatizada por la solidez de su “deber moral de obedecer el Derecho”: si es absoluto o incondicional, entonces no habrá forma de que considere alejarse del estándar; pero, si es relativo o condicional, entonces podría encontrar razones morales que lo lleven a corregirlo o, incluso, a dejarlo de lado. Por los segundos, la decisión de colaborar o competir con el legislador, en el plano explicativo, estará sujeta a la satisfacción de ciertos fines personales o egoístas del propio juzgador, es decir, a la maximización de su utilidad personal. No obstante, desde que las razones prudenciales no pueden justificar por qué a alguien se le impone o prohíbe una determinada conducta, está demostrado que toda decisión judicial, en el plano justificativo, inevitablemente descansará en último término en una razón de tipo moral.
36. La interacción compleja de los elementos externos e internos en el “contexto personal de la decisión judicial”, da lugar a la denominada “zona de razonabilidad” judicial; es decir, al área empírica en la que el juez es realmente libre de adoptar cualquier tipo de decisión, incluyendo las menos colaborativas posibles. Está demostrado que su mayor o menor extensión dependerá del conjunto hipotético de decisiones que, atendiendo a las particularidades del caso, no sólo resuelven adecuadamente la controversia (maximiza su preferencia altruista), sino además mejoran sus posibilidades de progresar en la carrera judicial o, al menos, de mantenerse en el cargo (maximiza su preferencia egoísta). Esto quiere decir que, desde la perspectiva del juez, supondrá un comportamiento irracional optar por las opciones “re-estandarizar el estándar” o “dejarlo de lado y fijar uno nuevo” si hacerlo supone, o bien maximizar la preferencia altruista en desmedro de la egoísta (la “zona de heroicidad”), o bien maximizar la egoísta en desmedro de la altruista (la “zona de corrupción”), o bien perjudicar ambas (la “zona de incapacidad”).

37. Para que las opciones menos colaborativas se coloquen en la “zona de razonabilidad”, de acuerdo con la función de utilidad judicial, el juez primero tendrá que obrar con sinceridad en relación con los hechos que motivan la controversia. Asimismo, tendrá que estar dispuesto eventualmente a asumir un mayor “coste económico” al momento de fijar el Derecho y, por tanto, a trabajar con las justificaciones subyacentes a las reglas y, sobre todo, con principios. Esto es, debe descartar la dejadez y el facilismo propios del perezoso. También tendrá, desde luego, que sostener que su deber moral de adhesión interna al Derecho no es absoluto y, como tal, estar dispuesto a que su “conciencia jurídica material” lo lleve a relativizar –o, incluso, dejar de lado– su deber de plegarse sin más a los textos normativos. Debe preferir, pues, la obtención de la “justicia material” frente al aseguramiento de la “justicia formal”. Finalmente, a fin de no incurrir en conducta heroicas, tendrá que evaluar las consecuencias de sus acciones para la obtención de sus preferencias egoístas y, por tanto, tendrá que dirigir la mirada a la posible puesta en marcha de los factores externos o que no controla (las *contraintes*). De esto se concluye que, desde una perspectiva descriptiva, optar por las opciones menos colaborativas es en último término una variable dependiente de las razones prudenciales.
38. Desde que en el plano justificativo los jueces están compelidos a presentar como definitivas las razones de índole moral, se propone adoptar a la equidad como el criterio rector de la “conciencia jurídica material” de los jueces. En primer lugar, porque se ha demostrado que desde siempre se ha entendido que la función de juzgar debe estar dirigida a asegurar lo equitativo en los casos concretos (ya sea en ausencia de Ley, ya sea en presencia de ella) y, por tanto, que hay un vínculo indisoluble entre justicia de cadí y equidad. En segundo lugar, porque la resolución adecuada de las controversias, en nuestras sociedades actuales, requiere de jueces que estén dispuestos a afrontar sus funciones según la “ética de los íntimos” (o de los cercanos) y, por tanto, que asuman que su “conciencia jurídica material” les exige en último y definitivo término atender equitativamente a todas las particularidades que se pudieran presentar en los casos concretos. Finalmente, porque la noción de equidad, en relación con el Derecho positivo, aparece como la herramienta para hacer frente a los inevitables defectos de los textos normativos derivados de su carácter genérico y, por tanto, permite salvar el sentido del Derecho como “saber general” que siempre resuelve adecuadamente “lo particular”.
39. Está demostrado que apelándose a la idea de equidad es posible justificar la re-estandarización de un estándar deficitario o, incluso, el dejarlo de lado y fijar uno nuevo. Siguiendo la doctrina aristotélica de la equidad se concluye que está justificada la colaboración-crítica del juez con el legislador (o la re-estandarización del estándar), cuando en los casos prácticos lo que éste *dice* (la literalidad del

estándar) no se condice con lo que *quiere* (el propósito del estándar). Siempre estará justificado, entonces, que el juez por equidad pase del texto normativo a la justificación subyacente, a fin de hacer frente a los problemas de subinclusión y sobreinclusión de las reglas. Asimismo, de acuerdo con las instituciones de la *aequitas* romana y la *equity* inglesa, se concluye que la equidad también autoriza al juez a competir con las soluciones ofrecidas por el legislador (o a dejar de lado el estándar y fijar uno nuevo), cuando en los casos prácticos el estándar deviene en inadecuado o impracticable en virtud de su propósito desigualitario. La idea de equidad, entonces, también le ofrece al juez una base sólida para identificar y hacerle frente a las “lagunas axiológicas”.

40. Desde que la idea de equidad, en todas sus manifestaciones, implica la máxima “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, se sugiere entender que la misma supone ir más allá de la simple “igualdad ante la Ley” y, por tanto, que también abarca ciertos contenidos de igualdad social. A estos efectos, se propone adoptar como paradigma de “lo igual” el ideal de la “buena Ley” del pensamiento ilustrado. Ello es así porque, en el marco de los contemporáneos Estados constitucionales de Derecho, todo juez que en el plano moral haya adoptado como máxima de comportamiento ético y profesional el asegurar los valores igualitarios de la ilustración, obtendría el máximo de “consenso racional” en torno a sus decisiones o, lo que es lo mismo, serían axiológicamente “aceptables” para la mayoría de los miembros de la “comunidad jurídica ideal” de la que nos habla Aarnio. En tal sentido, los jueces por equidad deberán plegarse al estándar contenido en los textos normativos, siempre que a sus ojos satisfaga los ideales ilustrados en relación con la Ley; pero, también por equidad, deberán: a) re-estandarizarlo siempre que detecten que es infraincluyente o supraincluyente en relación con su propósito ilustrado (una mala Ley corregible por tener un propósito noble), y b) dejarlo de lado y fijar uno nuevo siempre que entiendan que su propósito contraviene los valores ilustrados (una mala Ley descartable por tener un propósito deleznable).
41. Al finalizar este trabajo de investigación, se concluye que las tres hipótesis planteadas al inicio se han confirmado. A lo largo de la tesina, se ha comprobado: (i) que los jueces *siempre* actúan *sólo* con discreción *fuerte* y, por tanto, que son un *poder* en todo el sentido del término; (ii) que la legitimidad de los jueces, en el marco del Estado constitucional de Derecho, más allá de ciertos criterios procesales *mínimos*, se basa no en criterios racionales u objetivos sino en elementos puramente *carismáticos*; y (iii) que las leyes, en el ámbito de los procesos judiciales, operan tan sólo como razones *primeras* para la acción de los jueces y, sobre todo, que su decisión de adherirse o no a las mismas *debe* basarse en criterios de *equidad*. Éstas son, pues, las tres tesis escépticas que se defienden en este trabajo de investigación y, en mi opinión, son las bases, los

pilares empíricos indispensables para el diseño o la configuración de un prototipo viable de juez.

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, Aulis.

- "Una única respuesta correcta". En: *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, pp. 9-45.
- *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Ackerman, Bruce y Rosenkrantz, Carlos.

"Tres concepciones de la democracia constitucional". En: *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991, pp. 13-31.

Aguado Franco, Juan Carlos.

Teoría de la decisión y de los juegos. Las Rozas: Delta, 2007

Aguiló, Josep.

- "Ética judicial y Estado de derecho". En: *El buen jurista: deontología del Derecho*. Cristina García Pascual (coordinadora). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 61-84.
- "Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras". En: *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*. Isabel Lifante Vidal (editora). Lima: Palestra, 2010, pp. 13-35.

Ahumada Ruiz, María Ángeles.

"El "certiorari": ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el tribunal supremo de los Estados Unidos". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 14, N° 41, mayo-agosto 1994, pp. 89-136.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio.

Sobre la existencia de las normas jurídicas. México DF: Fontamara, 1997.

Alexy, Robert.

- *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición en castellano, 2007.
- *El concepto y la validez del Derecho*. Traducción de J. Malem. Barcelona: Gedisa, 1994.
- *Teoría de la argumentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

Allen, Carleton Kemp.

Las fuentes del Derecho inglés. Traducción de Antonio Ortiz García. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1969.

Andrés Ibáñez, Perfecto.

- "Ética de la independencia judicial". En: *El buen jurista: deontología del Derecho*. Cristina García Pascual (coordinadora). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 23-59.
- "Para una ética positiva del juez". En: *claves de la razón práctica*, 2005, N° 152, pp. 26-33.
- "Ética de la función de juzgar". En: *jueces para la democracia*, 2001, N° 40, pp. 19-24.

Andrés Ibáñez, Perfecto y Claudio Movilla Alvarez.

El Poder Judicial. Madrid: Tecnos, 1986.

Ansuátegui Roig, Francisco Javier.

- *De los derechos y el Estado de Derecho: Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- "Creación judicial del derecho: crítica de un paradigma". En: *El derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 519-554.

Arcos Ramírez, Federico.

La seguridad jurídica: una teoría formal. Madrid: Dykinson, 2000

Arena, Federico José.

"Formalismos jurídicos e institucionalismo económico. Un análisis filosófico de la crítica al formalismo". En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 13, 2010, pp. 185-202.

Arié, Rachel.

España musulmana (siglos VIII-XV). Barcelona: Labor, 1982.

Aristóteles.

- *Ética a Nicómaco*. Traducción de María Araujo y Julián Marías. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.
- *Política*. Introducción, traducción y notas de Carlos García Gual y Aurelio Pérez Jiménez. Madrid: Alianza Editorial, 1998.

Asís Roig, Rafael de.

- "Sobre los rasgos de lo jurídico". En: *El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 635-647.
- *El juez y la motivación en el Derecho*. Madrid: Dykinson, 2005.
- *Escritos sobre derechos humanos*. Lima: ARA Editores, 2005.
- *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*. Madrid: Dykinson, 1999.

- "Estudio preliminar". En: Bobbio, Norberto. *El positivismo jurídico*. Traducción de Rafael De Asís y Andrea Greppi. Madrid: Debate, 1993, pp. 11-32.

Atienza, Manuel.

- *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.
- "A vueltas con la ponderación". En: Atienza, Manuel y García Amado, Juan. *Un debate sobre la ponderación*. Lima/Bogotá: Palestra/Temis, 2012, pp. 9-37.
- "Sobre la única respuesta correcta". En: *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, pp. 47-80.
- "Sobre "creación judicial del derecho" de Eugenio Bulygin". En: Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. *Para una teoría postpositivista del Derecho*. Lima/Bogotá: Palestra/Temis, 2009, pp. 201-222.
- "Ética judicial: ¿por qué no un código deontológico para jueces?". En: *Jueces para la democracia*, N° 46, 2003, pp. 43-46.
- *Cuestiones judiciales*. México DF: Fontamara, 2001.
- "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos". En: *La vinculación del juez a la Ley*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 1, 1997, pp. 245-266.
- "Sobre lo razonable en el derecho". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 27, 1989, pp. 93-110.
- "Para una razonable definición de razonable". En: *DOXA*, N° 4, 1987, pp. 189-200.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan.

- *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 3° edición, 2005.
- "Sobre principios y reglas". En: *DOXA*, N° 10, 1991, pp. 101-120.

Atria, Fernando.

"Sobre las lagunas". En: *Lagunas en el Derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Madrid / Barcelona: Marcial Pons, 2005, pp. 15-27.

Aulet Barros, José Luís.

Jueces, Política y Justicia en Inglaterra y España. Barcelona: CEDECS, 1998.

Barberis, Mauro.

- "El realismo jurídico europeo-continental". Traducción de Álvaro Núñez Vaquero. En: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. Jorge Luís Fabra Zamora y Álvaro Núñez Vaquero (editores). México DF: UNAM, 2015, Vol. I, pp. 227-240.
- "Un poco de realismo sobre el realismo genovés". En: *El realismo jurídico genovés*. Jordi Ferrer Beltrán y Giovanni B. Ratti (editores). Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, pp. 201-215.

Barranco Avilés, María del Carmen.

- "Constitución, derechos humanos y filosofía del Derecho: una teoría de la justicia para el constitucionalismo contemporáneo". En: *Anuario Filosofía del Derecho*, XXVIII, 2012, pp. 13-31.
- "Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Sometimiento a la ley, independencia e imparcialidad en el marco del constitucionalismo". En: *Teoría y Derecho*, N° 7, 2010, pp. 134-148.
- "Sobre el método jurídico tradicional como ficción". En: *El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 597-616.
- "El papel del juez en el Estado constitucional". En: *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2005, N° 22, pp. 113-130.
- *Derechos y decisiones interpretativas*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

Bayón Mohino, Juan Carlos.

- "Deber jurídico". En: *El Derecho y la Justicia*. Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta (editores). Madrid: Trotta, 2000, 2da edición, pp. 313-332.
- *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991.

Bernal Pulido, Carlos.

El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3° edición, 2007.

Bobbio, Norberto.

- *El positivismo jurídico*. Traducción de Rafael De Asís y Andrea Greppi. Madrid: Debate, 1993.
- *El problema del positivismo jurídico*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. México DF: Fontamara, 2° edición, 1992.
- "Sobre el fundamento de los derechos del hombre". En: *El tiempo de los derechos*. Traducción de Rafael de Asís. Madrid: Sistema, 1991, pp. 53-62.
- *Teoría General del Derecho*. Traducción de Eduardo Roza Acuña. Madrid: Debate, 1991.
- *Estado, gobierno y sociedad*. Traducción de José F. Fernández Santillán. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1989.

Bonfante, Pedro.

Instituciones de Derecho romano. Madrid: Reus, 2002, 5ta edición.

Borowski, Martin.

La estructura de los derechos fundamentales. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

Bulygin, Eugenio.

- "En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria". En: *Lagunas en el Derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Madrid / Barcelona: Marcial Pons, 2005, pp. 73-85.
- "Los jueces ¿crean Derecho?". En: *La función judicial. Ética y democracia*. Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (compiladores). Barcelona: Gedisa, 2003, pp. 21-37.

Bulygin, Eugenio y Mendonca, Daniel.

Normas y sistema normativos. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2005.

Calamandrei, Piero.

Instituciones de derecho procesal civil. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 2º edición, Vol. I, 1986.

Cançado Trindade, Antonio.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001.

Carnelutti, Francesco.

- *Instituciones del proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 5º edición, Vol. I, 1989.
- *Cómo se hace un proceso*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Valparaíso: Edeval, 2º edición en castellano, 1979.
- *Derecho y proceso*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

Casanovas, Pompeu.

"El realismo jurídico norteamericano: introducción". En: *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Pompeu Casanovas y José Juan Moreso (editores). Barcelona: Crítica, 1994, pp. 235-243.

Cicerón, Marco Tulio.

- *Las leyes*. Traducción, introducción y notas de Carmen Teresa Pabón de Acuña. Madrid: Gredos, 2009.
- *Tres discursos jurídicos*. Edición y traducción de José María Royo Arpón. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2004.

Comanducci, Paolo.

- "La interpretación jurídica". En: *El realismo jurídico genovés*. Jordi Ferrer Beltrán y Giovanni B. Ratti (editores). Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, pp. 51-70.

- "Modelos e interpretación de la Constitución". Traducción de Manuel Ferrer Muñoz revisada por Rafael Escudero. En: *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*. Isabel Lifante Vidal (editora). Lima: Palestra, 2010, pp. 93-145.
- Constitución y teoría del derecho. México DF: Fontamara, 2007.

Couture, Eduardo.

- *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 3° edición, 1988.
- *Introducción al estudio del proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2° edición, 1988.

Cuenca Gómez, Patricia.

- *El sistema jurídico como sistema normativo mixto: la importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*. Madrid: Dykinson, 2008.
- "Sobre el iuspositivismo y los criterios de validez jurídica". En: *Anuario de filosofía del Derecho*, Tomo XXV, 2008-2009, pp. 207-233.

Davis, Morton D.

Introducción a la teoría de juegos. Versión española de José Carlos Gómez Borrero. Madrid: Alianza Editorial, 4ta edición, 1986.

Delgado Pinto, José.

"La noción de integridad en la teoría del derecho de R. Dworkin: análisis y valoración". En: *Derechos y Libertades*, Año 7, N° 11, 2002, pp. 15-43.

Díaz, Elías.

- "Estado de Derecho y democracia". En: *Anuario de la facultad de Derecho*, N° 19-20, 2001-2002, pp. 201-217.
- *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Madrid: Debate, 1984.
- *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 8° edición, 1981.
- *Sociología y Filosofía del Derecho*. Madrid: Taurus, 2° edición, 1980.
- *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*. Madrid: Civitas, 1978.

Dickinson, John.

"Legal rules: their function in the process of decision". En: *University of Pennsylvania Law Review*, May. 1931, pp. 833-868.

Díez-Picazo, Luis María.

Régimen constitucional del Poder judicial. Madrid: Cívitas, 1991.

Dorado Porras, Javier.

Iusnaturalismo y positivismo jurídico: una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo. Madrid: Dykinson, 2004.

Dworkin, Ronald.

- *La justicia con toga*. Traducción de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2007.
- *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 2ª edición, 1989.
- *Law's empire*. Cambridge, Massachusetts: Belknap, 1986.

Eco, Umberto.

Cómo se hace una tesis: técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura. Traducción de Lucía Baranda y Alberto Clavería Ibáñez. Barcelona: Gedisa, 1982.

Elster, Jon.

"Introducción". En: *Constitucionalismo y Democracia*. Jon Elster y Rune Slagstad (compiladores). Traducción de Mónica Utrilla de Neira. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 33-48.

Ely, John Hart.

Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional. Traducción de Magdalena Holguín. Bogotá: Siglo de Hombres Editores / Universidad de los Andes, 1997.

Escudero Alday, Rafael.

- "Incorporacionismo, criterio material de validez y certeza del Derecho". En: *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2005, N° 22, pp. 397-414.
- *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid: Thomson-Civitas, 2004.
- *Positivismo y Moral interna del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier.

"Iura novit curia" y aplicación judicial del derecho. Valladolid: Lex Nova, 2000

Fairén Guillén, Víctor.

Teoría general del Derecho procesal. México DF: UNAM, 1992.

Falcón y Tella, María José.

Equidad, Derecho y Justicia. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005.

Fernández García, Eusebio.

“Los jueces buenos y los buenos jueces. Algunas sencillas reflexiones y dudas sobre la ética judicial”. En: *Derechos y libertades*, N° 19, época II, 2008, pp. 17-35.

Ferrajoli, Luigi.

- “La democracia constitucional”. Discurso con ocasión de recibir, el 26 de abril de 2007, el Doctorado Honoris Causa de la Universidad Nacional de Rosario. Traducción de Nicolás Guzmán. En: *Paradigmas de la democracia constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 2009, pp. 33-44.
- Ferrajoli, Luigi. “Principia iuris. Una discusión teórica”. En: *Doxa*, N° 31, 2008, pp. 393-433.
- “Constitucionalismo y teoría del derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso”. En: *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Gerardo Pisarello y Ricardo García Manrique (editores). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, pp. 167-216.
- “Jurisdicción y democracia”. En: *Democracia y garantismo*. Miguel Carbonell (editor). Madrid: Trotta, 2008.
- *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia*. Madrid: Trotta, 2006.
- *Epistemología jurídica y garantismo*. México DF: Fontamara, 2004.
- *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 6° edición, 2004.
- “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”. En: *Isonomía*, México, abril 2002, N° 16.
- *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

Frank, Jerome.

- “Are judges human?” En: *University of Pennsylvania Law Review*, Nov. 1931, pp. 17-53.
- *Law and the modern mind*. Gloucester: Peter Smith, 1970

Fuller, Lon L.

The morality of law. New Haven/London: Yale University Press, 2da edición, 1969.

Gadamer, Hans-Georg.

Verdad y Método. Salamanca: Sígueme, 1997, 7ma edición, Vol. I.

García Manrique, Ricardo.

El valor de la seguridad jurídica. Madrid: Iustel, 2012.

García Máñez, Eduardo.

Doctrina aristotélica de la justicia. México DF: UNAM, 1973.

Gargarella, Roberto.

La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996.

Garzón Valdés, Ernesto.

- "Algunas consideraciones acerca del deber de obediencia al Derecho según Elías Díaz (A propósito de Un itinerario intelectual. De filosofía jurídica y política)". En: *Revisión de Elías Díaz, sus libros y sus críticos*. Liborio Hierro, Francisco Laporta y Alfonso Ruiz Miguel (editores). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 415-428.
- "El papel del poder judicial en la transición a la democracia". En: *La función judicial*. Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (compiladores). Barcelona: Gedisa, 2003, pp. 129-145.
- "El terrorismo de estado. El problema de su legitimación e ilegitimidad". En: *Filosofía, Política, Derecho. Escritos seleccionados*. Javier de Lucas (editor). Valencia: Universitat de Valencia, 2001, pp. 131-165.
- "Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral". En: DOXA, N° 21-II, 1998, pp. 145-166.
- "Consenso, racionalidad y legitimidad". En: *Derecho, Ética y Política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 455-471.
- "Acerca del concepto de legitimidad". En: Anuario de Derechos Humanos. Madrid: UCM, N° 5, 1988/89, pp. 343-366.
- "Los deberes positivos generales y su fundamentación". En: DOXA, N° 3, 1986, pp. 17-33.

Gloppen, Siri, Gargarella, Roberto y Skaar, Elin.

"Introduction: the accountability function of the courts in new democracies". En: *Democratization and the judiciary. The accountability function of courts in new democracies*. Siri Gloppen, Roberto Gargarella y Elin Skaar (editors). London/Portland: Frank Cass Publishers, 2004, pp. 1-6.

Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia.

Los jueces y la política: Poder judicial y democracia. Traducción de Miguel Ángel Ruiz de Azua. Madrid: Taurus, 1999.

Guastini, Riccardo.

- "Contribución a la teoría del ordenamiento jurídico". En: *El realismo jurídico genovés*. Jordi Ferrer Beltrán y Giovanni B. Ratti (editores). Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, pp. 81-115.

- "Hart sobre indeterminación, incompletitud y discreción judicial". En: *El postscript de H. L. A. Hart. Nueve ensayos*. Cristina Redondo (editora). Lima: ARA, 2010, pp. 127-139.
- "Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación". Traducción de Diego Moreno Cruz. En: *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*. Isabel Lifante Vidal (editora). Lima: Palestra, 2010, pp. 147-172.
- *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Traducción de Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Madrid: Trotta, 2008.
- *Estudios de teoría constitucional*. México DF: Fontamara, 2001.
- *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell. México: Porrúa, 3ª edición, 2001.

Habermas, Jürgen.

Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

Hart, H. L. A.

- "Postscriptum". En: *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*. Bulloch, Penélope y Joseph Raz (editores). Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de los Andes, 1997, 1997, pp. 89-141.
- "Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño". Traducción de José Juan Moreso y Pablo Eugenio Navarro. En: *El ámbito de la jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Pompeu Casanovas y José Juan Moreso (editores). Barcelona: Crítica, 1994, pp. 327-350.
- *El concepto de derecho*. Traducción de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2ª edición, 1990.
- "El nuevo desafío al positivismo jurídico". Traducción de L. Hierro, F. Laporta y J. R. Páramo. En: *Sistema*, N° 36, 1980.

Hierro, Liborio.

- "Sostiene Barberis: consideraciones sobre el trayecto genovés desde el realismo jurídico al constitucionalismo". En: *El realismo jurídico genovés*. Jordi Ferrer Beltrán y Giovanni B. Ratti (editores). Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, pp. 217-236.
- *El realismo jurídico escandinavo: una teoría empirista del derecho*. Madrid: Iustel, 2ª edición, 2009.
- *Estado de Derecho: problemas actuales*. México DF: Fontamara, 2ª edición, 2001.

Hohfeld, Wesley Newcomb.

"The relations between Equity and Law". En: *Michigan Law Review*, Vol. 11, N° 8, jun. 1913, pp. 537-571.

Holmes, Stephen.

"El precompromiso y la paradoja de la Democracia". En: *Constitucionalismo y Democracia*. Jon Elster y Rune Slagstad (compiladores). Traducción de Mónica Utrilla de Neira. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 217-262.

Hutcheson Jr., Joseph C.

"The judgment intuitive: the function of the "hunch" in judicial decision". En: *Cornell Law Review*, Vol. 14, Rev. 274 (1929), pp. 274-288.

Iglesias, Juan.

Derecho romano. Barcelona: Ariel, 2002, 14va edición.

Iglesias Vila, Marisa.

El problema de la discreción judicial: una aproximación al conocimiento jurídico. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

Jiménez Cano, Roberto.

"Una defensa del positivismo jurídico (excluyente)". En: *ISONOMÍA* No. 39, octubre 2013, pp. 83-126.

Kantorowicz, Hermann.

"Some rationalism about realism". En: *Yale Law Journal*, Vol. 43, 1934, pp. 1240-1253.

Kelsen, Hans.

- *Teoría general del Derecho y del Estado*. México DF: UNAM, 2º edición, 1979.
- *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 13º edición, 1975.

Laporta, Francisco J.

- "Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas". En: *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 55-93.
- *El imperio de la ley: una visión actual*. Madrid: Trotta, 2007.

Leiter, Brian.

"Realismo jurídico estadounidense". Traducción de Jorge Luís Fabra Zamora. En: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. Jorge Luís Fabra Zamora y Álvaro Núñez Vaquero (editores). México DF: UNAM, 2015, Vol. I, pp. 241-276.

Lifante, Isabel.

"Un mapa de problemas sobre la interpretación jurídica". En: *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*. Isabel Lifante Vidal (editora). Lima: Palestra, 2010, pp. 37-64.

Linares, Sebastián.

La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes. Madrid: Marcial Pons, 2008.

Llewellyn, Karl.

- "Algo de realismo sobre el realismo: respondiendo al Decano Pound". Traducción de José Ignacio Solar Cayón. En: EUNOMÍA. Revista de la cultura de la legalidad, N° 2, marzo – agosto 2012, pp. 193-226.
- "Una teoría del Derecho realista: el siguiente paso". En: *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Pompeu Casanovas y José Juan Moreso (editores). Barcelona: Crítica, 1994, pp. 244-293.

MacCormick, Neil.

H. L. A. Hart. Traducción de Juan Manuel Pérez Bermejo. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.

Malem Seña, Jorge F.

- "El error judicial". En: *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 11-42.
- "La vida privada de los jueces". En: *La función judicial*. Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (compiladores). Barcelona: Gedisa, 2003, pp. 163-179.
- "¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?" En: DOXA, N° 24, 2001, pp. 379-403.

Moreso i Mateos, Josep Joan.

- "Significado, interpretación y proposiciones normativas. Apuntes para un debate". En: *El realismo jurídico genovés*. Jordi Ferrer Beltrán y Giovanni B. Ratti (editores). Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, pp. 41-50.
- "Tomates, hongos y significado jurídico". En: *Los desacuerdos en el Derecho*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, pp. 15-47.
- "La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables". En: *Los desacuerdos en el Derecho*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, pp. 49-86.
- *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*. Barcelona: UOC, 2006.
- *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

Nino, Carlos Santiago.

- *Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.
- *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1985.

Olivecrona, Karl.

El Derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico. Traducción de Luís López Guerra. Barcelona: Labor Universitaria, 1980.

Ost, François.

"Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez". En: *Doxa*, N° 14, 1993, pp. 169-194.

Pardo, Leandro y Valdés, Teófilo.

Decisiones estratégicas. Madrid: Ediciones Días de Santos S.A., 1987.

Peces-Barba Martínez, Gregorio.

- *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: UC3M / BOE, 1999.
- *Ética, Poder y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

Peces-Barba, Gregorio, Fernández, Eusebio y Asís, Rafael de.

Curso de Teoría del Derecho. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2da edición, 2000.

Peña Freire, Antonio Manuel.

La garantía en el Estado constitucional de Derecho. Madrid: Trotta, 1997.

Posner, Richard.

- *Cómo deciden los jueces*. Traducción de Victoria Roca Pérez. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2011.
- "The role of the judge in the twenty-first century". En: *Boston University Law Review*, N° 86, 2006, pp. 1049-1068.
- *Economic analysis of law*. Boston/Toronto/London: Little, Brown and Company, 1992, 4ta edición, 1992.
- "The jurisprudence of skepticism". En: *Michigan Law Review*, N° 86, 1988, pp. 827-891.

Pound, Roscoe.

"The Decadence of Equity". En: *Columbia Law Review*, Vol. 5, No. 1, 1905, pp. 20-35.

Prieto Sanchís, Luís.

- "Sobre la identificación del Derecho a través de la Moral (A propósito de "Tomates, hongos y significado jurídico", de José Juan Moreso)". En: *Los desacuerdos en el Derecho*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, pp. 87-145.
- *La filosofía penal de la ilustración*. Lima: Palestra, 2007.
- *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*. Lima/Bogotá: Palestra/Temis, 2005.
- *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

- "Teoría del Derecho y Filosofía Política en Ronald Dworkin". En: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 5, Núm. 14, mayo-agosto 1983, pp. 353-377.

Radbruch, Gustav.

- *El espíritu del derecho inglés*. Traducción de Juan Carlos Peg Ros. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2001.
- *Filosofía del Derecho*. Granada: Comares, 1999.

Raz, Joseph.

- "Incorporation by law". En: Legal Theory, Vol. 10, 2004, pp. 1-17.
- *Razón práctica y normas*. Traducción de Juan Ruiz Manero. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- *La ética en el ámbito público*. Traducción de María Luz Melon. Barcelona: Gedisa, 2001.

Recaséns Siches, Luis.

- *Nueva filosofía de la técnica jurídica*. México DF: Coyoacán, 2012.
- *Introducción al estudio del Derecho*. México DF: Porrúa, 4ta edición, 1977.

Robles, Gregorio.

Las reglas del Derecho y las reglas de los juegos: ensayo de teoría analítica del Derecho. Palma de Mallorca: Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1984.

Ródenas, Ángeles.

- *Los intersticios del Derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.
- "¿Qué queda del positivismo jurídico?". En: DOXA, N° 26, 2003, pp. 417-448.
- "En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de norma". En: DOXA, N° 24, 2001, pp. 63-83.

Rodríguez, César.

"Teoría del derecho y decisión judicial: en torno al debate entre H.L.A. Hart y R. Dworkin". En: *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*. Bulloch, Penélope y Joseph Raz (editores). Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de los Andes, 1997, pp. 15-88.

Ross, Alf.

Sobre el Derecho y la Justicia. Traducción de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: EUDEBA, 5ta edición, 1994.

Ruiz Manero, Juan.

Jurisdicción y normas: dos estudios sobre función judicial y teoría del Derecho. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

Sánchez-Cuenca, Ignacio.

Teoría de juegos. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2da edición, 2009.

Sancho Gargallo, Ignacio.

“Ética judicial: el paradigma del buen juez”. En: *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, N° 72, 2007, pp. 117-138.

Sastre Ariza, Santiago.

“Sobre la dificultad de los llamados casos fáciles, difíciles y trágicos”. En: *Derecho y opinión*, N° 1, 1993, pp. 295-306.

Schauer, Frederick.

Pensar como abogado: una nueva introducción al razonamiento jurídico. Traducción de Tobías J. Schleider. Madrid / Barcelona / Buenos Aires / Sao Paulo: Marcial Pons, 2013.

Sen, Amartya.

Desarrollo y Libertad. Buenos Aires: Editorial Planeta, 2000.

Shapiro, Martin.

- “The mighty problem continues”. En: *Consequential courts: judicial roles in global perspective*. Diana Kapiszewski, Gordon Silverstein y Robert A. Kagan (editores). Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 380-397.
- *Courts: a comparative and political analysis*. Chicago/Londres: The University of Chicago Press, 1981.

Shapiro, Martin y Stone Sweet, Alec.

On law, politics, and judicialization. Oxford: Oxford University Press, 2002.

Solar Cayón, José Ignacio.

- “Los orígenes del realismo jurídico americano”. En: *EUNOMÍA. Revista de la cultura de la legalidad*, N° 2, marzo – agosto 2012, pp. 176-192.
- “El concepto de derecho en el realismo jurídico americano. Una reinterpretación”. En: *Homenaje a Luís Rojo Ajuria: escritos jurídicos*. Santander: Universidad de Cantabria, 2003, pp. 1185-1206.

Sunstein, Cass R.

“Constituciones y Democracias”. En: *Constitucionalismo y Democracia*. Jon Elster y Rune Slagstad (compiladores). Traducción de Mónica Utrilla de Neira. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 344-368.

Tarello, Giovanni.

- *La interpretación de la Ley*. Traducción de Diego Del Vecchi. Lima: Palestra, 2013.
- “La semántica del néustico. Observaciones sobre la “parte descriptiva” de los enunciados prescriptivos”. En: *El realismo jurídico genovés*. Jordi Ferrer Beltrán y Giovanni B. Ratti (editores). Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, pp. 15-39.
- *Cultura jurídica y política del derecho*. Traducción de Isidro Rosas Alvarado. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1995.

Taruffo, Michele.

La prueba de los hechos. Traducción Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002

Thomas, E.W.

The judicial process. Realism, pragmatism, practical reasoning and principles. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Toulmin, Stephen.

“Equity and Principles”. En: *Ossgoode Hall Law Review*, Vol. 20, N° 1, March 1982, pp. 1-17.

Troper, Michel.

- *Ensayos de teoría constitucional*. Traducción de Bernardo Bolaños. México DF: Fontamara, 2004.
- “El poder judicial y la democracia”. En: *La función judicial*. Jorge Malen, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (compiladores). Barcelona: Gedisa, 2003.
- *Por una teoría jurídica del Estado*. Traducción de María Venegas Grau. Madrid: Dykinson, 2001.

Uscatescu Barrón, Jorge.

“Acerca de un concepto romano: aequitas. Un estudio histórico-conceptual”. En: *Cuadernos de Filología Clásica. Estudios Latinos*, N° 5, Editorial Complutense, Madrid, 1993, pp. 73-104.

Vega, Jesús.

“La actualidad de la equidad de Aristóteles. Doce tesis antiformalistas sobre el derecho y la función judicial”. En: *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N° 29, 2014, pp. 113-144.

Von Wright, G.H.

Norma y acción: una investigación lógica. Traducción de P. García Ferrero. Madrid: Tecnos, 1979

Weber, Max.

- *Conceptos sociológicos fundamentales*. Edición y traducción de Joaquín Abellán. Madrid: Alianza editorial, 2006.
- *Economía y sociedad*. Traducción de José Medina Echevarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. México DF: Fondo de Cultura Económica, 2º edición, 1964.

Zagrebelsky, Gustavo.

El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

Zapatero, Virgilio.

El arte de legislar. Pamplona: Thomson/Aranzadi, 2009.